Die
Stellung der Mitbürgen
nach römischem,
gemeinem und heutigem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

Juristenfakultät der Landesuniversität zu Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Edgar Burchard
Gerichtsreferendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1903.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom

Verfasser

Hamburg, im April 1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0037

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für civilistische Praxis 16, 19, 43. Heidelberg 1833, 1836, 1860.

Beseler, Deutsches Privatrecht. IV. Aufl. 1885.

Büttner, Die Haftung des Bürgen. Inaug.-Diss. Greifswald 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. III. Aufl. 1900.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Favreau, Über die confusio von Bürgschaft und Hauptschuld. Inaug.-Diss. 1898.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.

Gengler, Das deutsche Privatrecht. 1892, IV. Aufl.

Girtaner, Bürgschaft. I, II. Jena, 1850/51.

Gruchot, Beiträge, 16, 33. Berlin 1872, 1889.

Hagemeister, benef. ced. act. Inaug-Diss. Greifswald 1893.

Hasenbalg, Bürgschaft. Düsseldorf 1870.

Herms, Bürgschaft. Inaug.-Diss. Rostock 1900.

Hruza, Korrealobligationen. Leipzig 1895.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885.

Jhering, Jahrbücher 26. Jena 1888.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2, 1901.
Keil, benef. ced. act. Inaug.-Diss. Halle 1880.
Kremer, Die Mitbürgschaft, mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. Inaug.-Diss. Straßburg 1902.
La Roche, Der Bürge. Inaug.-Diss. Leipzig 1892.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. III. Aufl. 1900.
v. Moisy, benef. div. Inaug.-Diss. Greifswald 1897.
Mühlenbruch, Cession. 3. Aufl. Stuttgart 1836.
Neustetel, Untersuchungen. I. Heidelberg 1829.
Pfitzer, Anti-Seuffert. Leipzig 1892.
Planck, Kommentar zum BGB.
Sell, Correus debendi. Gießen 1830.
Schrader, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 1889.
Seuffert, Archiv für Entsch. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 31. München 1876.
Sohm, Inst. des röm. Rechts. IV. Aufl. 1891.
Stammler, Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. III. Aufl. 1898.
Tielsch, ben. ced. act. Inaug.-Diss. Greifswald 1899.
Unger, Korrealität. Jena 1884.
Unterholzner, Schuldverhältnisse. II. Leipzig 1840.
Vangerow, Pand. III. 7. Aufl. Marburg 1876.
Walter, ben. ced. act Inaug-Diss. Erlangen 1899.
Weiske, Rechtslexikon. Bd. I. Leipzig 1844.
Corpus juris civilis, ed.: Mommsen und Krüger.

Disposition.

§ 1. Die Bürgschaft Ihr Charakter, Wesen und ihre Bestimmung.

I. Die Stellung der Mitbürgen im römischen Recht.

§ 2. Die sponsio und fidepromissio.

§ 3. Die ältesten Bürgschaftsgesetze und ihre Folge: die fidejussio.

§ 4. Das beneficium cedendarum actionum.

§ 5. Das beneficium divisionis.

§ 6. Das beneficium excussionis.

II. Die Stellung der Mitbürgen im gemeinen Recht.

§ 7. Die Stellung der Mitbürgen im deutschen Recht.

§ 8. Die drei Rechtswohltaten werden vom gemeinen Recht übernommen und entsprechend weitergebildet:

1. Die provocatio ex lege si contendat.
2. Streitfragen, aus denen das Bestreben hervorgeht, den engen Charakter jener Rechtswohltaten als Einreden dadurch zu erweitern, daß ihnen ipso iure-Wirkung beigelegt wird.

III. Die Stellung der Mitbürgen im heutigen bürgerlichen Recht.

§ 9. 1 Das beneficium divisionis wird aus dem gemeinen Recht nicht übernommen. Die Mitbürgen werden vielmehr als Gesamtschuldner betrachtet und fallen unter deren Bestimmungen.
2. Die Rechtswohltat der Klageabtretung.
3. Die Rechtswohltat der Vorausklage.
IV. Die Bedeutung der Bürgschaft heutzutage.

§ 1.

Einer der wichtigsten Faktoren im wirtschaftlichen Leben ist der Kredit, d. h. die Befugnis, „gegen das bloße Versprechen des Gegenwertes zu verfügen.“ [1]

Nur der wirtschaftliche Verkehr zur Zeit des rohesten Kulturzustandes läßt sich ohne Kredit denken, beschränkt auf bloßen Tauschhandel. Wo aber Zug um Zug geleistet werden muß, wo zugleich mit dem Augenblicke der Obligationsentstehung gefordert wird, sind all die Rechtsgeschäfte ausgeschlossen, welche von einem Aufschub der Gegenleistung abhängig sind, von dem Vorhandensein des Kredits.

Kredit erhält aber nur derjenige, bei welchem der Kreditgeber den redlichen Willen sowie die Fähigkeit voraussetzen kann, daß er das Versprechen des Gegenwertes erfüllen werde.

Doch diese Voraussetzungen in der Person des Kreditnehmers bilden für den Geber keine genügende Sicherheit. Nur zu oft kommt es vor, daß der Schuldner den redlichen Willen oder die Fähigkeit oder gar Beides verliert. Der Gläubiger muß vielmehr eine Sicherheit in die Hand bekommen, die nicht von der Person des

---

1) Vgl. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. IV.

Schuldners abhängig ist. Zweierlei erstand zu diesem Zwecke:

Das Pfand und die Bürgschaft.

Während das Pfand eine Realsicherheit gewährt, die sich auf den Wert gerade dieser zum Pfand gegebenen Sache stützt, schafft die Bürgschaft die Sicherstellung des Gläubigers durch eine Persönlichkeit, durch einen zweiten Schuldner, der Jenem mit seinem Vermögen in der Höhe der Forderung unbeschränkt haftet.

In unserem heutigen Verkehrsleben gehört der Pfandsicherheit der Vorzug vor der Bürgschaft — anders in Rom. Die vielen Mängel, welche das römische Pfandrecht aufwies, vor allem aber der Umstand, daß die Gestaltung des Immobiliareigentums den stets höher werdenden Ansprüchen nicht mehr entsprach, hatte in Rom den Vorzug der Bürgschaft vor der Pfandsicherheit zur Folge.

So finden wir denn hier schon in der ältesten Zeit das ganze Institut der Bürgschaft, wenn auch nicht bis in das Kleinste ausgearbeitet, so doch von einem einheitlichen Gedanken durchzogen und vor allem von einer Konsequenz, die dem heutigen Bürgschaftsbegriffe und ihrer Lehre zum Vorbild dienen mußte.

Einst wie jetzt verpflichtet sich durch den Bürgschaftsvertrag der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für dessen Verbindlichkeit einzustehen.

Die Verpflichtung des Bürgen ist also abhängig von einer Verbindlichkeit, von einer Hauptschuld, mit der eben jene Verpflichtung steht und fällt. Deshalb ist unter den Begriff der Bürgschaft als solcher das constitutum debiti alieni nicht zu rechnen; denn die Ver-

bindlichkeit des Intercedenten dieses Rechtsgeschäfts bleibt bestehen, selbst wenn der Schuldner frei wird; die Konstitutenten sind mithin auch nicht Mitbürgen, sind also in dieser Arbeit ebensowenig zu behandeln, wie die Mandatoren des mandatum qualificatum, das unter bestimmten Voraussetzungen und auch dann nur bürgschaftsähnlichen Charakter besitzt. Die wahre Bürgschaft ist accessorischer Natur. Sie ist um der Hauptschuld willen, nicht um ihrer selbst willen, da.

Zwei Grundprinzipien ergeben sich aus diesem Charakter des Bürgschaftsvertrages, die zwar viele Ausnahmen und Abweichungen erfahren haben, die aber dennoch die ganze Bürgschaftslehre von Anfang bis zu Ende durchziehen. Einmal: Der Bürge wird frei mit dem Augenblicke, mit dem der Schuldner frei wird. Zum Zweiten erweitert oder vermindert sich der Umfang der Bürgschaft, je nachdem die Hauptschuld sich erweitert oder vermindert.

§ 2.

Es können sich für ein und dieselbe Schuld auch Mehrere verbürgen. Wir sprechen alsdann von Mitbürgschaft. Auf dreifach verschiedene Art und Weise kann sie entstehen:

1) Die Mitbürger haften solidarisch; ein Jeder auf das Ganze, so, daß es dem Gläubiger freisteht, von wem er will, das Ganze zu fordern.

2) Ein Jeder übernimmt nur einen Kopfteil, derart, daß die Anzahl der Bürgen, hineindividiert in die

Summe, welche die Forderung des Gläubiges bedeutet, den Anteil ergibt, auf den ein Jeder von ihnen haftet.

3) Neben diese beiden Arten kann eine Dritte subsidiäre treten:

Ein Jeder der Mitbürgen verbürgt sich für die Anteile der Anderen für den Fall, daß diese nicht zahlen.

Die Bürgschaft der ältesten römischen Zeit, die Stipulationsbürgschaft, stand auf dem Prinzip solidarischer Mitbürgenhaftung. Und je nach den feierlichen Worten, die dort gesprochen wurden, unterscheidet man die sponsio, die fidepromissio und andererseits die fidejussio, die viel jünger ist als Jene. Schon die Tatsache zeugt dafür, daß sie allein in Geltung blieb, während die sponsio und fidepromissio neben ihr immer mehr erstarben. Die sponsio steht nur dem civis Romanus offen — sponsio mit einem Peregrinen war nichtig — sie setzt eine verborum obligatio voraus, die aber auf eine dare gerichtet sein darf.

Die fidepromissio steht auch den Peregrinen frei und gestattet dem Bürgen[1] auch eine Verpflichtung zu übernehmen, die nicht ein dare zum Gegenstande hat, wenn sie nur verbis eingegangen ist.[2] Beide sind unvererblich und mußten vermutlich in ältester Zeit gleichzeitig mit der Begründung der Hauptschuld und zwar die Sponsionsbürgschaft zu einer durch sponsio, die Fidepromissionsbürgschaft zu einer durch fidepromissio begründeten Hauptschuld eingegangen werden.[3] Demgegen-

1) Gajus III § 119.
2) Vgl. Hasenbalg a. a. O. S. 5.
3) Sohm, Inst. § 67 Anm. 2 a. E. Karlowa S. 730 ff.

über ist die fidejussio, die nicht nur dem civis Romanus, sondern auch dem Peregrinen zustand, frei vererblich; sie kann zu jeder, auch einer etwa durch Delikt begründeten obligatio hinzutreten; auch ist nachträgliche Eingehung einer fidejussio zu einer bereits bestehenden Hauptschuld durchaus möglich.

Die Stellung der Mitbürgen war bei allen drei Formen zunächst die gleiche: eine solidarische. Die Mitbürgen hafteten als eine Mehrheit von Einzelbürgen, ohne jede Vergünstigung oder Ausnahmestellung, ein Jeder auf das Ganze. Noch erkannte man nicht, daß eine Mehrheit von Personen, wenn deren Gemeinschaft auch auf dasselbe Ziel gerichtet ist, wie das eines Einzelindividuums, dennoch von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus zu betrachten und daher auch ganz anders zu behandeln sei. Die Mitbürgen der ältesten Zeit sind keine consponsores, confidepromissores oder confidejussores in dem Sinne, daß unter ihnen ein gemeinsames rechtliches Band, ein intimes Rechtsverhältnis, besteht; sie sind nur eine Mehrheit von sponsores, fidepromissores und fidejussores. Und so verfällt auch der Inhalt dieser ganzen Arbeit in zwei Teile, die jedoch zu innig miteinander verknüpft sind, um, von einander getrennt, die beiden Hauptteile des Themas zu bilden. Einmal: Die Stellung der Mitbürgen als einer Mehrheit von Einzelbürgen, zum anderen ihre rechtliche Lage als einer „Sozietät" dem Einzelbürgen gegenüber als Folge eben dieses Sozietätscharakters.

Die Antwort: „spondeo" auf die Frage: spondesne? promitto auf die Frage: promittisne? die Antwort: jubeo auf die Frage: fide tua esse jubes? — ver-

pflichtete einen jeden Mitbürgen einzeln, für die ganze Verbindlichkeit einzustehen. Und im Hinblick auf die strenge, unabänderliche stipulatio lag in der Frage des Gläubigers, die an einen Jeden einzeln gerichtet ward, alles das: „Erklärst du dich, Bürge, bereit, genau in der Höhe der Forderung, wie ich sie gerade gegen diesen Schuldner habe, dich zu verbürgen, auf nicht weniger noch mehr und auf nichts Anderes als gerade das, was ich geleistet habe?“ — Handelte der Bürge dem zuwider, ja, verbürgte er sich auf mehr — in duriorem causam — so wurde die ganze Bürgschaft dadurch null und nichtig, — nicht nur das Mehr.

Doch trotz der strengen correalen Haftung der Mitbürger war der Gläubiger nicht sicher gestellt: Er wird durch die konsumierende Kraft der Litiskontestation aufs Höchste gefährdet: Verlangte er vergeblich von einem der Mitbürgen Zahlung, so war damit sein Klageanspruch vernichtet, er konnte nicht zum zweiten Male litiskontestieren.

Aber nicht nur der Gläubiger, auch die einzelnen Mitbürgen waren in der ältesten Zeit schlecht gestellt. Ihre Haftung war nicht nur eine solidarische, sie war auch prinzipal: Der Gläubiger konnte sich sofort an irgend einen unter ihnen halten, ohne sich vorher an den Hauptschuldner zu wenden. Und der Gläubiger hatte gewiß in vielen Fällen seinen guten Grund dazu. Er hatte z. B. dem Schuldner, dessen Insolvenz er wohl kannte, nur im Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit des Bürgen Kredit gewährt. Nun kam es zur Litiskontestation. Sollte da der Gläubiger sich an den offenkundig insolventen Schuldner halten müssen, um dann

infolge der konsumierenden Kraft der Litiskontestation mit seiner Forderung auszufallen? —

§ 3.

Die konsumierende Wirkung der Litiskontestation fiel nicht schon damit in sich zusammen, daß das starre, strengfeierliche Legisaktionenverfahren Einrichtungen weichen mußte, die den stets sich steigernden Verkehrsansprüchen besser entsprachen und die vor Allem dem Gedanken entsprangen, daß nicht das feierlich gesprochene Wort als solches, sondern der Sinn und Zweck, den es ausdrücken soll, maßgebend sei.

Erst Justinian war es vorbehalten diesen Schritt zu tun; Er nahm erst der Litiskontestation ihre konsumierende Kraft. Da war der Gläubiger gesichert; denn die Mitbürgen hafteten nun solange, bis er befriedigt war.

Erst in später Zeit wurde also der Gläubiger sicher gestellt.

Anders die Bürgen: Gesetze zu ihrem Schutze gegeben, entstanden schon Jahrhunderte vorher. Die aequitas war es, welche vor allem verlangte, daß der consponsor, der confidepromissor besser gestellt werde, seiner ebenso uneigennützigen wie verantwortungsvollen Stellung entsprechend. Aber auch das wirtschaftliche Interesse gebot das: Die Bürgen mußten, wenn sie auch weiterhin nicht besser geschützt wurden, vor Bürgschaftsübernahmen zurückschrecken. Damit wäre aber dem Hauptmoment des wirtschaftlichen Lebens, der Zirkulationsfähigkeit des Wertes, der Todesstoß gegeben, mit einem

Worte: dem Kredit. Und so ist denn die Tendenz der Gesetzgebung in jener alten Zeit, die Schwere der Haftung, wie sie auf den Mitbürgen lastete, zu erleichtern.

Die lex Apuleja[1] ist das älteste uns überlieferte Gesetz, welches in diesem Sinne erstand: wenigstens stellt Gajus ausdrücklich fest, daß sie älter sei als die demnächst zu erwähnende lex Furia, und sofort läßt sie, ihrem Sozietätsverhältnis Rechnung tragend, die ex sponsu bezw. ex fidepromisso verpflichteten Bürgen in Beziehung zu einander treten „societatem quandam introduxit" (Gajus a. a. O.)[2]: Hatte einer der Mitbürgen an den Gläubiger mehr gezahlt, als der auf seinen Kopf entfallende Teil der Schuld betrug, so sollte er von nun an auf das mehr Gezahlte die anderen Mitbürgen verhältnismäßig in Anspruch nehmen können. Sie führte also unter den Mitbürgen einen verhältnismäßigen Rückgriff ein, — aber nur unter ihnen, für ihr internes Verhältnis; die solidarische Haftung des einzelnen Mitbürgen dem Gläubiger gegenüber ließ sie unberührt bestehen. Nicht nach Außen, wohl aber nach Innen waren die consponsores, confidepromissores pro parte obligati geworden.

Einen gewaltigen Schritt weiter zu Gunsten des Bürgen ging die der lex Apuleja alsbald folgende lex Furia, die jedoch räumlich auf Italien beschränkt blieb, während die lex Apuleja auch in den Provinzen Geltung hatte.[3] Sie enthielt zwei Bestimmungen: Einmal die, daß die sponsores bezw. fidepromissores mit

1) Gajus III § 122.
2) Vgl. Karlowa S. 733.
3) Gajus III § 121.

Ablauf von 2 Jahren von der Haftung befreit sein sollten; als Beginn der Frist ist wohl mit der l. 4 D. de diversis temp. praescriptionibus 44,3 der Moment der experiundi potestas gegen den Schuldner anzunehmen. Diese Bestimmung bedeutete eine übermäßige Härte gegen den Gläubiger. Die Haftung der sponsores und fidepromissores war an und für sich schon unvererblich und höchstpersönlich;[1] nun sollten sie sogar schon nach 2 Jahren ipso jure frei werden!

Über die zweite Bestimmung der lex Furia finden wir bei Gajus zwei verschiedene Berichte: nach seiner Wiedergabe der lex Furia in III §121[2] zerfällt kraft derselben die obligatio in dem Moment der Fälligkeit in soviele Teile, als sponsores bezw. fidepromissores zu dieser Zeit vorhanden sind, und Jeder derselben haftet nunmehr nur noch für seine portio virilis. Damit sind die correi, die nach der lex Apuleja nach Innen pro parte obligatio geworden waren, jetzt auch nach Außen pro parte obligati geworden. Und wenn ein Mitbürge seinen Anteil nicht bezahlen konnte? Nun — dann fiel der Gläubiger eben aus!

Anders nach dem Bericht des Gajus in IV § 22[3]. Danach gab die lex Furia dem Bürgen, von dem der Gläubiger mehr als die portio virilis beigetrieben hatte, die manus injectio pro judicato. Voraussetzung ist also, daß der Gläubiger doch noch mehr als den Kopfteil von dem Bürgen beitreiben kann, daß also die solidarische Haftung der Mitbürgen noch nicht beseitigt ist. Es setzt

1) Gajus III § 120.
2) Gajus III § 121.
3) Gajus IV § 22.

sich aber jetzt der Gläubiger, der sich diese solidarische Haftung zu Nutze macht und mehr als einen Kopfteil von dem Bürgen betreibt, der Klage auf Rückgabe des Beigetriebenen aus, vielleicht sogar des mehrfachen Betrages desselben.

Welcher Bericht des Gajus gibt nun eigentlich die Bestimmung der lex Furia richtig wieder? Vermutlich der letztere,[1] während der erstere nur die Auslegung wiedergibt, welche die spätere Praxis der lex Furia angedeihen ließ.

Als weitere, die Stellung der consponsores verbessernde Gesetze seien die lex Publilia und die lex Julia municipalis erwähnt. Erstere gab dem sponsor, dem der Schuldner das von ihm Gezahlte nicht binnen 6 Monaten ersetzt hatte, die legis actio per manus injectionem pro judicato gegen den Schuldner, eine actio, die dadurch hohe Gunst genoß, daß sie zu den actiones, quae infitiando crescunt in duplum, gehörte. Schließlich bedrohte die allerdings viel spätere lex Julia municipalis den Schuldner, der es soweit kommen ließ, daß seine sponsores für ihn zahlen mußten oder der auch nur mitteilte, daß er die Schuld nicht zahlen könne, mit Infamie und begünstigte dadurch indirekt die Bürgen. Da aber die Infamie, ein Institut des jus civile, auch nur den civis Romanus treffen konnte, so konnte sich diese lex auch nur auf die Sponsionsbürgschaft, nicht auch auf die den Peregrinen zugängliche Fidepromissionsbürgschaft beziehen.

So wurden die Mitbürgen, die sich ex sponsu oder ex fidepromisso verpflichtet hatten, immer mehr und mehr — sogar über Gebühr — geschützt, und es ist klar,

1) Vgl. Karlowa S. 734, 735.

daß Bestimmungen, wie die der lex Furia, daß die Bürgen nach 2 Jahren ipso jure frei werden sollten, die Lebensfähigkeit der sponsio und fidepromissio untergraben mußten; denn wer hätte unter solchen Bedingungen für die Zukunft Kredit gewähren sollen? Dazu kam, daß mit dem steigenden Verkehr die Unvererblichkeit der ex sponsu oder ex fidepromisso entstandenen Bürgschaftsverpflichtungen als die Sicherheit des Gläubigers allzu sehr gefährdend sich erwies. In dem alten engen Personenbestande, der meist eine Kenntnis der einzelnen Persönlichkeiten mit sich brachte, erschien es für die Sicherheit des Gläubigers wohl ausreichend, wenn der Bürge eben durch sein Eintreten dem Gläubiger die Garantie gab, der Schuldner sei ein ehrlicher, zahlungswilliger und zahlungsfähiger Mann.

Mit dem wachsenden Verkehr, mit dem Eintreten fremder unbekannter Elemente in die Geschäftswelt, mußte es jedoch kommen, daß der Gläubiger weniger darauf Wert legte, ob der Bürge ihm versicherte und dafür einstand, der Schuldner sei ein kreditwürdiger Mann, als darauf, daß der Bürge eventuell selbst fähig sein werde, für den Schuldner zu zahlen: daß der Bürge solvent sei. Und damit ergab sich das Bedürfnis, daß der Bürge mit seinem Vermögen hafte und die Bürgschaftsschuld mit diesem seinem Vermögen auch auf seine Erben übergehe. So mußte eine neue Art des Schuldbeitritts geschaffen werden, die die Bürgen in die Grenzen dessen, was sie billig fordern konnten, zurückwies und dem Gläubiger größere Sicherheit gewähre. In dieser Weise ist es wohl zur Entstehung der fidejussio gekommen, jener Bürgschaftsform, der die Zukunft gehören

sollte. Wohl mußte auch sie sich ursprünglich der strengen Stipulationsform beugen, doch das feierlich gesprochene **Wort** ist hier nicht das Maßgebende, der **Wille** des Bürgen ist es vielmehr!

Der fidejussor ist keineswegs gezwungen, die Hauptschuld ganz oder auch nur in der Art und Weise zu übernehmen, wie sie der Hauptschuldner schuldet.[1] Wenn er will, braucht er sich nur auf einen Teil zu verpflichten. Auch sonst steht es ihm frei, seine Stellung günstiger zu gestalten, — doch weiterer Schutz durch das Gesetz kam dem fidejussor nicht zu gute. Die Bestimmungen der lex Apuleja, lex Furia etc., deren Härten die fidejussio ja gerade ihre Entstehung mit verdankte, fanden auf sie keine Anwendung, und daher war sie die dem Gläubiger willkommenste Bürgschaftsform. Die Gesetzgebung vernachlässigte diese neue Bürgschaftsform zunächst, — doch nicht auf lange. Immer mehr kam man zu der Erkenntnis, daß die fidejussio, obwohl sie des altfeierlichen Charakters der Stipulationsbürgschaft stets mehr und mehr sich entäußerte (oder gerade infolgedessen!) dem Zweck der Verbürgung weit besser diente als die strenge sponsio, als die fidepromissio.[2]

Die lex Cornelia war es, welche die erste Konsequenz aus dieser Erkenntnis zog. Auch für die fidejussores bestimmte sie, daß bei demselben Gläubiger für ein und denselben Schuldner in einem Jahre niemand für mehr als 20 000 Sesterzien sich verbürgen könne. Der lex Cornelia folgte die lex Cicereja.[3] Sie be-

1) Gajus III § 119.
2) Gajus III § 124, 125.
3) Gajus III § 123.

stimmte, daß der Gläubiger den einzelnen Mitbürgen mitzuteilen habe, um welche Forderung es sich handle und wieviele von ihnen für jene Forderung haften sollten. Hatte der Gläubiger diese seine Pflicht verabsäumt, so durften die Mitbürgen innerhalb einer Frist von 30 Tagen diese Tatsache durch eine Präjudicialklage feststellen lassen, und fand der Richter, daß der Gläubiger in der Tat seiner Verpflichtung nicht nachgekommen war, so wurden die Mitbürgen frei. War auch die lex Cicereja zunächst nur für die sponsores und fidepromissores gegeben, so fand sie doch, wie Gajus berichtet, durch Usualinterpretation auch für die fidejussores Anwendung. Freilich sagt Gajus,[1] daß das „praedicere", das Ansagen, wie viele Bürgen da wären, auch bei der fidejussio gebräuchlich sei, fügt aber hinzu, daß das Unterlassen desselben seitens des Gläubigers die Bürgen frei mache. Und so lange die fidejussores solidarisch hafteten, ihnen das beneficium divisionis nicht gegeben war, hatten auch die fidejussores an dem praedicere ein solches Interesse noch nicht, daß man annehmen müßte, das Unterlassen des praedicere bewirke Befreiung der fidejussores von ihrer Haftung

Jedenfalls aber begann die Gesetzgebung sich der fidejussio anzunehmen und die fidejussores fingen an, an den Rechtswohltaten der Bürgen teilzunehmen, welche die Gesetze den consponsores und confidepromissores schufen, und doch blieb ihre Stellung nach wie vor gedrückt: Die fidejussio war vererblich, nicht ging sie mit dem Tode des Bürgen unter, und die confidejussores hafteten auch ein Jeder auf das Ganze.

1) Gajus III § 123.

§ 4.

Nach drei verschiedenen Richtungen hin war es möglich, die Stellung der confidejussores zu bessern:

Entweder durchbrach man ihre prinzipale Haftung. Doch dieser Schritt war für die damalige Zeit zu gewaltsam. Der Begriff prinzipaler Bürgenhaftung war einer der Grundpfeiler der ganzen römischen Bürgschaftslehre.

Oder man hob die solidarische Haftung der confidejussores auf. Davor schreckte man in gleichem Maße zurück. Das hätte ja die fidejussio der sponsio oder fidepromissio fast gleichgestellt. Noch stand die Zeit, obwohl sie den Wert und die Lebensfähigkeit gerade dieser jüngsten Bürgschaftsform wohl erkannte, zu sehr im Banne des Gedankens, daß die fidejussio neben ihren beiden älteren Schwestern nur einen Emporkömmling bedeute: Das jus gentium hatte wohl schon festen Fuß gefaßt; doch das jus civile war noch ungleich mächtiger.

Noch einen dritten Weg gab es die Stellung der confidejussores zu bessern: Man gewährte ihnen einen Ersatzanspruch zunächst gegen den Hauptschuldner. Die lex Publilia gab einst den conspónsores, falls der Schuldner das für ihn Gezahlte nicht binnen 6 Monaten ersetzte, eine actio depensi,[1] einen Anspruch auf Ersatz, der ipso iure mit der Zahlung auf den Zahlenden überging.

Doch selbst diese Wohltat wagte man den confidejussores nicht zu geben. Kein ipso jure wirkendes Recht, nur eine Einrede gewährte man ihnen: Das Recht, die Befriedigung des Gläubigers davon abhängig zu machen,

1) Gajus IV § 22; III § 127.

daß dieser ihm seine Forderung abtrat, die ihm infolge des Grundsatzes der prinzipalen Haftung sofort gegen den confidejussor zustand. So war denn zum ersten Male ein Recht des Gläubigers auf den Bürgen übergegangen: Das Recht auf Befriedigung durch den Hauptschuldner. Die logische Folge davon war, daß der Anspruch des Gläubigers auch gegen diejenigen auf ihn überkam, die in ihrer rechtlichen Stellung dem Hauptschuldner gleichstanden: Gegen seine eigenen confidejussores. Jene Einrede entstand, welche die spätere Zeit das beneficium cedendarum actionum nennt.

Doch auch auf die aequitas gründet sich die Rechtswohltat der Klageabtretung: Wer sich verpflichtet hat eine Schuld zu zahlen, die erst durch eben jene Verpflichtung die seine geworden, an und für sich aber eine fremde ist, kann mit Fug und Recht von demjenigen zunächst Ersatz verlangen, für den er gezahlt, dann aber auch von denen, welche dieselbe Verbindlichkeit eingegangen sind, wie er, von seinen confidejussores. — Das beneficium cedendarum actionum schafft jedoch nicht ipso jure Recht, die Forderung des Gläubigers geht nicht von selbst auf den Mitbürgen über, weil er gezahlt, — es schuf vielmehr nur eine Einrede, welche der Klage des Gläubigers entgegengesetzt werden mußte und selbst dies nur dann, wenn der Mitbürge, als er zahlte, die Abtretung der Forderung sich ausbedungen hatte.

Eines geht aus diesem Charakter der Rechtswohltat mit zwingender Notwendigkeit hervor: Verabsäumt es der Mitbürge, sich auf die Wohltat der Klageabtretung zu berufen, so geht die actio unter. Es steht ihm alsdann gegen den Gläubiger und damit auch gegen seine

Mitbürgen keine Klage zu und also auch kein Ersatzanspruch dafür, daß jene durch seine Zahlung von ihrer Haftung befreit sind.[1]

Nur scheinbar steht es mit dem Gesagten im Widerspruch, wenn Paulus in der l. 36 D. de fidejuss. 46,1 behauptet, daß auch nach vorbehaltloser Zahlung der Anspruch des Gläubigers auf jenen Mitbürgen übergehe; diese beiden Quellenstellen stehen wohl einander nicht gegenüber, sie sollen vielmehr von dem Entwicklungsgange jener Rechtswohltat zeugen, die den Mitbürgen, der fortschreitenden Erkenntnis entsprechend, schließlich selbst dann schützen will, wenn er sich die Klageabtretung auch nicht ausbedungen hat; allerdings ist das nur eine Konstruktion und obendrein sehr bestritten. —

Machte jedoch der confidejussor von dem beneficium cedendarum actionum Gebrauch, so sollten ihm auch alle diejenigen Klagen zustehen, welche der Gläubiger hatte. Mit allen Rechten wird die Forderung cediert. All die Privilegien, die mit der Hauptklage verbunden sind und all die Rechte, die aus der persönlichen Klage entspringen, gehen auf den Mitbürgen, der gezahlt, über.[2]

Aber Eines war dennoch geeignet, diese Rechtswohltat den Mitbürgen zu gefährden. Das war auch hier die konsumierende Kraft der Litiscontestation: Hatte der Gläubiger sich an einen der confidejussores mit Erfolg gewandt, so war damit sein Klageanspruch vernichtet, von einer Cession konnte also nicht die Rede sein. Da half man sich dadurch, daß man jene Zahlung des Mitbürgen für einen Kauf ansah. Als einen Preis für den

1) L. 39 D. de fidejuss 46,1.
2) L. 59 D. 46,1.

Anspruch, den jener confidejussor vom Gläubiger erkauft hatte, nicht als Tilgung der eingegangenen Verpflichtung. Nun war die Abtretung der Forderung stets möglich. Die Litiskontestation konnte von jetzt an den Anspruch des Gläubigers ruhig konsumieren, — durch jene Fiktion erstand immer ein völlig neues Rechtsverhältnis.

Doch ist der Gläubiger verpflichtet, die Forderung überhaupt oder zum mindesten eine vollwertige dem Mitbürgen abzutreten?

Ja und Nein! Vernichtet oder schmälert der Gläubiger seinen Anspruch arglistig, nur um jenem confidejussor zu schaden, so kann ihm dieser schon als Folge der allgemeinen Grundsätze über Arglist eine exceptio doli entgegenhalten.

Geschieht aber die Vernichtung oder Schmälerung nicht dolos so ist jene Einrede schon deshalb allein nicht stichhaltig, weil ja die Befriedigung des Gläubigers durch den confidejussor nicht als Zahlung angesehen wird für die übernommene Schuld, sondern als Preis für den Anspruch, den der Mitbürge vom Gläubiger gekauft hat. Kaufen kann aber der Mitbürge die Forderung nur unter der Bedingung, daß sie noch vorhanden ist. Von einer Verpflichtung des Gläubigers seine Forderung abzutreten, kann mithin nur dann die Rede sein, wenn er einen Anspruch überhaupt noch besitzt. Der Bürge ist also, sobald ihm keine exceptio doli zusteht, ungedeckt, daß die actio cessa seiner Zahlung nicht gleichwertig sei.

Wenn nun aber der confidejussor infolge eines Vergleiches oder Erlasses nur einen Teil der Summe, in deren Höhe er haftete, gezahlt hat? Kann er alsdann von seinen confidejussores, die sich gleich ihm auf das

Ganze verpflichtet haben, das Ganze verlangen, obgleich er selbst nur einen Teil gezahlt? Der Stellung des römischen Mitbürgen entspricht es wohl mehr, wenn man hier ein Mehrfordern von seiten jenes Bürgen als eine pluris petitio betrachtet, anfechtbar mit einer exceptio doli. Doch summum jus-summa injuria: Wenn der Gläubiger dem Bürgen seine Schuld ganz oder zum Teil erläßt, um ihm dadurch ein Geschenk zu machen? Der Gläubiger gibt alsdann ja nur ein Forderungsrecht, welches ihm erst den Wert der Schenkung verschaffen soll, dadurch, daß er z. B. an einen confidejussor herantritt und von ihm Zahlung verlangt, obgleich er selbst nicht geleistet? — Gewiß ist diese Art der Schenkung möglich, einst wie jetzt, und keine pluris petitio!:

Daß wir uns im ersten Falle so, im zweiten entgegengesetzt entscheiden, hat seinen Grund darin, daß im Gegensatz zur Schenkung „mit Erlaß und Vergleich nur die äußeren Formen des zwischen Bürgen und Gläubiger abgeschlossenen Vertrages bezeichnet werden, nicht die innere Relevanz desselben, nicht seine Beziehung auch zum Schuldner.“ [1]

Nehmen wir nun an, der Mitbürge habe noch 9 confidejussores, und 100 sei die Summe gewesen, die er gezahlt. Kann er da von den 9 Mitbürgen, gestützt auf das beneficium cedendarum actionum, 100 zurückverlangen oder nur 90, das Ganze, was er geleistet oder nur die Summe, welche abzüglich des Teiles übrig bleibt, für welchen er sich selbst verbürgt hat? Das Letztere ist das Richtige: Abgesehen davon, daß nach den

1) Friedrich Keil, Inaugural-Dissertation, Halle 1880 a. a. O. S. 47.

allgemeinen Grundsätzen der Mitbürgschaft als einer „Sozietät" nach dieser Richtung hin zu entscheiden wäre, wird auch in einer Quellenstelle der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, im Verhältnis zu seinen Mitbürgen als Selbstschuldner betrachtet.[1]

§ 5.

Wenn die Wohltat der Klageabtretung die Lage der confidejussores auch verbesserte, so bildete sie immerhin doch nur einen Ersatzanspruch und — wie wir gesehen haben — einen oft recht illusorischen. Das Drückendste, die solidarische Haftung der Mitbürgen, blieb nach wie vor bestehen.

Eine lex aus der frühesten Zeit gab es, an welche man, ohne dem Gläubiger zu nahe zu treten, wohl anbauen konnte, um die Stellung der confidejussores nach dieser Richtung hin zu verbessern; das war die bereits erwähnte lex Apuleja, welche die ursprüngliche solidarische Haftung der Mitbürgen nicht ipso iure in so viele Teile zerfallen ließ, als obendrein zur Zeit der **Fälligkeit** der Forderung zahlungsfähige consponsores oder fidepromissores vorhanden waren, so wie es die lex Furia oder doch jedenfalls die dieser später gewordene Auslegung nach dem Bericht des Gajus III § 121 tat. Hatte dort Einer mehr gezahlt, als sein Anteil betrug, so konnte er den Mehrbetrag durch eine legis actio per manus injectionem zurückfordern: Aus den correi waren ipso jure pro parte obligati geworden.

1) § 4 J. de fidej. (3,21); L. 10 pr. D. 46,1.

Doch in dieser Auslegung und Anwendung schoß die lex Furia über das Ziel hinaus. Dadurch, daß die Forderung ipso iure in so viele Teile zerfiel, als zur Zeit der Fälligkeit zahlungsfähige Mitbürgen vorhanden waren, befreite sie diese ja auch für den Fall, daß einer der Mitbürger nach diesem Zeitpunkte insolvent geworden.

Der Gläubiger mußte also gewärtig sein, mit einem Teile seiner Forderung auszufallen, und das war ungerecht.

Da war es Hadrian, der es unternahm, den gerechten Gedanken der lex Furia weiter auszubauen und andererseits ihre Härten zu beseitigen. Er tat dies dadurch, daß er das beneficium divisionis, die Rechtswohltat der Teilung, schuf.[1]

Sie schaffte nicht ipso jure Recht, wie die lex Apuleja, welche die korreale Haftung einfach in so viele Teile zerfallen ließ, als Mitbürgen vorhanden waren, — sie gewährte nur eine Einrede:[2] Wandte sich der Gläubiger an einen der confidejussores mit dem Ansinnen, er solle die ganze Forderung bezahlen, so konnte sich dieser auf das beneficium divisionis berufen und verlangen, daß der Gläubiger seine Forderung unter die Mitbürgen teile, doch nur unter diejenigen anwesenden, welche im Augenblicke der Litiskontestation[3] zahlungsfähig und vor allem rechtsgiltig verpflichtet waren. Nur auf solche konnte der Mitbürger den Gläubiger im Hinblick auf die Rechtswohltat der Teilung verweisen und das mit vollem

1) Gajus I § 121 L. 26 D. 46,1.
2) L. 26 D. 46,1.
3) L. 28 D. 46,1.

Recht: Verpflichtet mußten die confidejussores sein zu zahlen.

Sollte etwa der Bürge den Gläubiger auf Mitbürgen verweisen dürfen, denen gegen die Forderung des Gläubigers eine Einrede entgegenstand, z. B. auf Minderjährige,[1] die sich verbürgt hatten oder auf solche confidejussores, deren obligatio nur naturalis war? Und verhaftet blieb der Mitbürge über seinen Kopfteil hinaus, nach wie vor, verhaftet für den Ausfall, den der Gläubiger, wie einst in der lex Furia schutzlos, durch Insolvenz der Mitbürgen in Höhe ihres Kopfteiles erlitt.

Doch angenommen, der confidejussor wäre belangt worden, er hätte sich auf die exceptio divisionis mit Erfolg berufen und mithin nur seinen Kopfteil gezahlt. Nach einiger Zeit würde nun ein bis dahin zahlungsfähiger Mitbürge insolvent. Sollte da der Gläubiger das Recht haben sich von Neuem an den ersten confidejussor zu halten? Das schien zu hart. Man gab Jenem vielmehr das Recht, jede weitere Inanspruchnahme durch den Gläubiger abzulehnen und ihn an die noch vorhandenen confidejussores zu verweisen, die zahlungsfähig und auch anwesend waren.[2]

Doch die Befreiung der Mitbürgen aus korrealer Haftung war für sie ein solcher Vorteil, daß, trotz aller Einschränkungen, sich im Interesse des Gläubigers nicht jeder Mitbürge der Rechtswohltat der Teilung bedienen durfte. Sie griff vielmehr nur unter bestimmten Voraussetzungen Platz. Zunächst mußten sich die Mit-

1) L. 48 § 1 D. 46,1.
2) L. 51 § 4 D. 46,1.

bürgen bei demselben Gläubiger für ein und denselben Schuldner wegen derselben Hauptschuld verbürgt haben, und zwar auf die ganze Schuld, nicht blos auf einen Teil.[1]

Im Sinne des Gläubigers war ferner nicht nur der Zeitpunkt der Litiskontestation — und nicht wie einst in der lex Furia[2] der Augenblick der Fälligkeit — maßgebend; der Gläubiger hatte auch, wenn er an der Zahlungsfähigkeit von Mitbürgen zweifelte, das Recht, an Einen der confidejussores heranzutreten und ihn um Zahlung der ganzen Summe anzugehen. Wohl konnte sich dieser auf die Rechtswohltat der Teilung berufen; doch er war verpflichtet, als Sicherheit für den Gläubiger eine Kaution für den Fall zu stellen, daß seine Mitbürgen bei künftiger Ausklagung in der That zahlungsunfähig geworden waren.

Dieses Recht hatte dem confidejussores schon l. 10 pr. D. de fidejuss. 46,1 gewährt: Si dubitet creditor, an fidejussores[3] solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationis offerat et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint.

Endlich erhielt, — abgesehen von dem, der auf sie verzichtet hatte, — die Rechtswohltat der Teilung derjenige zur Strafe nicht, der seine Bürgschaft ableugnete.

1) L. 51 § 2 D. 46,1; L. 27 § 4 D. 46,1; vgl. Heimbach a. a. O.

2) L. 51 § 4 D. 46,1.

3) L. 10 pr. D. de fidejuss 46,1.

Er stellte ja die Tatsache in Abrede, die ihm eben jenes beneficium verschaffen sollte.

Während der Umstand, daß ein confidejussor zu haften nicht rechtlich verpflichtet war, für den Gläubiger ein Recht schuf: Den Einwand auf diesen Mitbürgen als ungerechtfertigt abzulehnen, bildete er für die rechtlich verpflichteten Mitbürgen eine Gefahr. Das S. C. Vellejanum verbot z. B. den Frauen sich zu verbürgen. Hatte sich nun aber eine solche mitverbürgt, so wurde das beneficium divisionis nicht gewährt. Die Frau galt ja im Hinblick auf die Bürgschaft als rechtlich nicht verpflichtet, ja, als gar nicht vorhanden,[1] selbst wenn die Bürgschaft gemeinsam geschehen war; „denn die Meinung und das Vertrauen des Bürgen, daß er Mitbürgen und infolgedessen die Rechtswohltat habe, kann deren objektives Fundament nicht ersetzen."[2]

War ferner ein confidejussor unter einer Bedingung oder Befristung zum Bürgen genommen und mithin erst nach Eintritt dieser, seine rechtliche Verpflichtung beschränkenden Tatsachen ein wahrer Mitbürge, so konnte er vorher nur in Höhe seines Kopfteiles in Anspruch genommen werden.[3]

Den Mitbürgen andererseits kam man dadurch entgegen, daß man ihnen erlaubte, die Rechtswohltat der Teilung auch nach der Litiskontestation vorzubringen, wenn es nur vor Abfassung des Endurteils geschah.[4] Man wollte die Anwendbarkeit dieses beneficii, das

1) L. 48 pr. D. 46,1.
2) Dernburg a. a. O. Bd. II S. 221.
3) L. 27 pr. D. 46,1.
4) C. 10 § 1. C. 8,41.

ja nur geschaffen war, um eben angewandt zu werden, nicht an eine allzu kurze Frist binden. In einem Punkte waren aber die Mitbürgen im Hinblick auf die Rechtswohltat der Teilung wiederum zu sehr von der Willkür des Gläubigers abhängig: Hatte dieser dem confidejussor dessen Bürgschaftsschuld bereits vor der Fälligkeit erlassen, so griff jene Rechtswohltat überhaupt nicht Platz.

Eine hochbedeutsame Frage ist hier noch zu erörtern, nämlich die, ob die Rechtswohltat der Teilung nur solchen Mitbürgen zustehe, welche die Bürgschaft gemeinsam übernommen haben. Wir müssen diese Frage verneinen. Zwar wird in keiner Quellenstelle ausgesprochen, schon die Tatsache, daß mehrere Bürgen nebeneinander vorhanden seien, genüge, oder besser gesagt, wir müssen jene Frage gerade deshalb verneinen weil in keiner Stelle das Gegenteil angegeben ist, nicht einmal in § 47 de fidejuss. 3,20.[1] In diesem Institutionentitel sollte aber doch das ganze Institut der Bürgschaft in seinen Grundzügen dargestellt werden. Wenn irgendwo, so hätte es hier ausgesprochen werden müssen, daß nur solche Mitbürgen sich mit Erfolg auf das beneficium divisionis berufen könnten, die noch bestimmten anderen, weitergehenden Voraussetzungen als dem bloßen Nebeneinandervorhandensein entsprächen, und das ist nicht geschehen.[2]

Es sei mir gestattet, diese Frage, die trotzalledem auch weiter eine Streitfrage blieb, bis in die jüngste Zeit an dieser Stelle schon zu verfolgen. Die hier verteidigte Ansicht blieb auch die Zeit der Postglossatoren

1) § 4 J. de fidejuss 3,20.

hindurch die herrschende. Männer wie Johannes Schneidewin,[1] Johannes Zanger,[2] vor allem auch Anton Hering[3] und später Grotefend[4] und Liebe[5] treten für sie ein.

Doch auch die entgegengesetzte Meinung zählt Männer von nicht geringerer Bedeutung zu ihren Anhängern. So steht Kritz[7] z. B. auf dem entgegengesetzten Standpunkte, den er sogar aus l. 15 § 1 und l. 51 pr. D. de fidejuss. herauszuinterpretieren versucht, ja selbst die Praxis neigt sich eine Zeit lang dieser Ansicht zu. So erkannte das Oberhofgericht zu Mannheim,[8] „daß zum Begriffe der Mitbürgschaft, welche die Teilung begründet, eine gemeinsame, gleichzeitige Übernahme der Bürgschaftslast gehöre, und ein früherer Bürge, der sich auf das Ganze allein und ohne Rücksicht auf andere Bürgen verpflichtet habe, kann dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, daß der Gläubiger später eine andere Bürgschaft erwirbt." Doch unaufhaltsam brach sich die entgegengesetzte Ansicht Bahn, und die bedeutendsten Pandektenlehrbücher der jüngsten Zeit zeugen dafür, daß sie endlich allgemein als die richtige anerkannt wurde, nachdem auch schon die Praxis in früherer Zeit mehrfach in diesem Sinne erkannt hatte. — So sagt Dernburg:[9]

1) Schneidewin, Comm. ad tit. de fidejuss.
2) Zanger, de except. p. III c. 19 pr. 8.
3) Hering, Tract. de fidejuss.
4) Grotefend, de except. divisionis.
5) Liebe, Die Stipulation.
6) Kritz a. a. O. S. 178.
7) Seuffert's Arch. III Nr. 263.
8) Vgl. Dernburg a. a O. II § 81 S. 221. Ferner Arndts a. a. O. § 355 Anm. 6.

„Die Rechtswohltat der Teilung steht den Bürgen zu, ohne Unterschied, ob sie sich gemeinsam verbürgten oder getrennt oder unabhängig von einander." —

Das beneficium divisionis wirkte nicht schon ipso iure, nicht schon dadurch, daß ein Tatbestand vorlag, der seine Anwendung rechtfertigte, es wirkte ope exceptionis. Hatte daher der Bürge es verabsäumt die Rechtswohltat der Teilung geltend zu machen, als der Gläubiger Zahlung der ganzen Bürgschaftsschuld verlangte, so war er gezwungen, das Ganze zu zahlen, ja, ohne daß ihm Regreß gegen die Mitbürgen zustand. Wohl hatte der consponsor der lex Apuleja[1] einen solchen Anspruch als Folge davon, daß dies Gesetz eine „gewisse Gesellschaft", societatem quandam, zwischen den Mitbürgen einführte und sie im internen Verhältnis zu pro parte Verpflichteten machte. — Die epistola Divi Hadriani beseitigte die grundsätzlich solidarische Haftung der Mitbürgen nicht. Doch dem confidejussor, der gezahlt, es aber versäumt hatte, sich auf die Rechtswohltat der Teilung zu berufen, stand noch ein anderer Weg offen, von seinen confidejussores Ersatz zu erlangen: Mittels des beneficii cedendarum actionum, falls er nicht etwa auch – zum Mindesten gilt das für die ältere Zeit — vergessen hatte, die Forderung von dem Gläubiger, als er zahlte, sich cedieren zu lassen. Mehr konnte der Mitbürge nach dieser Richtung hin nicht geschützt werden!

§ 6.

Die solidarische Haftung der confidejussores war nun beseitigt, nicht jedoch die principale: Nach wie

1) L. 49 § 1 D. 46,1.

vor haftete der Mitbürge neben dem Schuldner und das war hart! Der Bürge verschafft dem Schuldner Kredit, aus dem dieser allein Vorteil zieht, er schafft diesem Kredit obendrein nur dadurch, daß er sich verpflichtet, mit seinem eigenen Vermögen für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen.

Justinian tat hier den entscheidenden Schritt, indem er der Litiscontestation die konsumierende Kraft nahm. Nun war der Gläubiger sicher gestellt. Er wandte sich z. B. an einen confidejussor um Zahlung — erfolglos. Da durfte er von jetzt ab an den Schuldner oder auch an einen zweiten confidejussor herantreten und so fort, bis er erhalten, was er zu fordern hatte.

Die Tatsache der drückenden principalen Haftung des Mitbürgen hatte ihren Grund in der Gefahr, welche die konsumierende Wirkung der Litiskontestation für den Gläubiger in sich barg. Die war nun beseitigt. Sollte da nicht der Gläubiger, in Anerkennung der ebenso uneigennützigen wie verantwortungsvollen Stellung des Bürgen, verpflichtet sein, zunächst den Schuldner, wenn auch voraussichtlich oft vergeblich, ausklagen zu müssen, um sich erst dann an die Mitbürgen zu wenden? Dem Bürgen war aber damit ein großer Vorteil gewährt. Und aus dieser Erkenntnis heraus nahm Justinian den confidejussores ihre prinzipale Haftung. Er gab ihnen die Befugnis, die Zahlung zu verweigern, falls der Gläubiger bei dem Schuldner nicht vorher vergeblich Zahlung nachgesucht hatte: Er gewährte ihnen das beneficium excussionis.

Schon in älterer Zeit hatte eine Bürgenart die prinzipale Haftung durchbrochen. Das war der

Indemnitätsbürge, d. i. derjenige, welcher sich blos auf die Teilsumme verpflichtet hatte, die der Gläubiger vom Schuldner bei dessen Ausklagung nicht würde erlangen können.[1] Diese nur subsidiäre Verpflichtung des Indemnitätsbürgen, die ihren Grund in der unbestimmten Höhe seines Haftens hat, logisch auf jeden Mitbürgen auszudehnen, ist leicht, die Konsequenz einer juristischen Konstruktion, die schon mehr nur ein einfaches Rechenexempel bedeutet: Je geringer die Summe, welche der Gläubiger von dem Schuldner erhält, um so viel mehr muß der „Schadlosbürge" geben. Erlangt der Gläubiger vom Hauptschuldner nichts, so muß jener alles zahlen. Die Mitbürgen sind also nichts anderes als Indemnitätsbürgen, die, gemäß der Rechtswohltat der Teilung, im Falle der Insolvenz des Schuldners, auf einen im Voraus bestimmten Ausfall den Gläubiger schadlos halten müssen: Auf ihren Kopfteil.

Doch nicht jeder Mitbürge wurde der Rechtswohltat der Vorausklage teilhaftig. So erhielt es derjenige zur Strafe nicht, der seine Bürgschaft leugnete, und ferner durfte der confidejussor den Gläubiger nur dann auf den Schuldner verweisen, wenn dieser zahlungsfähig und anwesend war, — wohl aus dem Grunde der Billigkeit, aus dem heraus man auch das beneficium divisionis nur unter diesen Voraussetzungen gewährte.

Ein Nachteil war den drei Rechtswohltaten gemeinsam, der deshalb besonders hart fühlbar war, weil jene nicht ipso jure wirkten, sondern nur Einreden schufen: Der Gläubiger konnte das Stellen von Bürgen und damit sein Kreditgewähren nur allzuleicht davon abhängig

1) C. 17. C. 8,41.

machen, daß diese von vornherein zu seinen Gunsten auf jene Rechtswohltaten verzichten. Das war jedoch nicht im Sinne des Gesetzgebers, der eben jene beneficia im Interesse des Bürgen schuf und damit sie angewandt würden. Doch die Konsequenz aus dieser Erkenntnis zu ziehen und damit die Stellung der Mitbürgen hinsichtlich der ihnen eingeräumten Rechtswohltaten von dem Gutdünken des Gläubigers, wenn auch nicht unabhängig zu machen, so doch sicherer zu stellen, — das war erst der kommenden Zeit vorbehalten.

Das war die Stellung der Mitbürgen im römischen Recht.

§ 7.

In den deutschen Rechten wurde die ursprüngliche, zur Schuldknechtschaft der Bürgen führende Vergleichungsvertrag, die **Leibbürgschaft**, durch die sich schon zur Zeit der Volksrechte allein noch findende **Vermögensbürgschaft** verdrängt, die sich zunächst in der Form der festucatio, später der des „Gelübdes mit Mund und Hand", vollzog. Ursprünglich wird die Bürgenstellung als von Seiten des Schuldners bewirkte provisorische Erfüllung angesehen. Der Schuldner hat seine Pflicht zunächst getan, es ist nun Sache des Bürgen, die Leistung zu bewirken. Der Schuldner kommt nur dann noch in Frage, wenn der Bürge nicht leisten kann. Die Haftung des Bürgen ist eine prinzipale. In einzelnen Rechten, so z. B. dem fränkischen, bleibt freilich auch der Schuldner dem Gläubiger neben dem Bürgen in erster Linie verhaftet. Beide haften solidarisch; doch gilt die Inanspruchnahme

des Schuldners seitens des Gläubigers als Verzicht desselben auf die Rechte gegen den Bürgen. Schließlich läßt auch schon in älterer Zeit eine Gruppe von Rechten, so das Altkulmische Recht, das Magdeburger-Breslauer systematische Schöffenrecht u. a. m., den Bürgen nur subsidiär haften: Erst nach erfolgloser Mahnung des Schuldners kann der Bürge in Anspruch genommen werden. Solche subsidäre Haftung des Bürgen drang dann im Laufe der Zeit fast allgemein durch; dabei wurde teils vorherige Ausklagung des Schuldners, teils auch nur erfolglose Mahnung desselben erfordert.

Mehrere Bürgen haften nach der weit überwiegenden Mehrzahl der Rechte, so z. B. dem sächsischen Landrecht, dem Hamburger Stadtrecht, als Bürgen „mit samender Hand." Ein Jeder haftet dem Gläubiger auf das Ganze, kann aber von seinen Mitbürgen pro rata Ersatz verlangen, und zwar ohne Abtretung der Rechte seitens des Gläubigers. Solch Verhältnis wird auch durch Klauseln wie „Alle für Einen, Einer für Alle", „samt und sonders" kundgetan. In einzelnen, wenigen Rechten findet sich jedoch auch der Satz, daß Bürgen in der Regel dem Gläubiger nur nach Kopfteilen haften, so z. B. in Mecklenburg, wo dieser Rechtssatz durch die Reversale von 1621 Art. XXI ausdrücklich bestätigt worden ist.

Im Wesentlichen war demnach die Stellung der Mitbürgen nach deutschem Recht, verglichen mit der des römischen Rechts, zur Zeit der beginnenden Reception die, daß sie, wie auch der Einzelbürge, entsprechend der Einrede der Vorausklage des römischen Rechts, nur subsidiär hafteten, sei es, daß *Ausklagung* oder nur *Mahnung* des Schuldners erforderlich war; daß sie ferner mit

geringen Ausnahmen auf das Ganze hafteten, die römisch-rechtliche exceptio divisionis entbehrend, endlich daß sie ihrerseits ipso jure unter einander Regreß nehmen konnten, falls einer von ihnen das Ganze gezahlt hatte, sie also mithin des römisch-rechtlichen beneficium cedendarum actionum nicht bedurften.

Die Reception hat nun dazu geführt, daß auch auf dem Gebiet der Bürgschaft, insbesondere der Mitbürgschaft, das römische Recht im Wesentlichen das deutsche verdrängt und überwunden hat. So hat sich vor allem die Gesamthaftung der Mitbürgen der exceptio divisionis gegenüber nicht behaupten können, wenn sich auch Spuren der ersteren darin finden, daß nach manchen Rechten, so dem Hamburger Stadtrecht, dem Württembergischen und bayrischen Landrecht, die Verbürgung mehrerer unter Klauseln wie „Alle für Einen, Einer für Alle", „samt und sonders" als ein Verzicht auf die Einrede der Teilung angesehen werden.

§ 8.

Die drei Rechtswohltaten — der Teilung, der Klageabtretung und der Vorausklage — jene drei Beneficien, welche die ganze Stellung der Mitbürgen in Rom so genau in ihrem Inhalt und in ihrer Anwendungsweise wiederspiegeln, — sie sind also auch gemeines Recht geworden.

Betrachten wir noch einmal — abgelöst von ihren einzelnen Bestimmungen — die ganze Tendenz jener Rechtswohltaten, so wird uns Eines klar: Sie geben eine wie die andere dem Mitbürgen nur eine Defensive,

sie setzen, um angewandt zu werden, einen Übergriff oder zum Mindesten einen Angriff des Gläubigers voraus.

Es können aber Umstände für den Bürgen eintreten, die eines Offensivmittels bedürfen.

Was nützen ihm jene Verteidigungsmittel, wenn z. B. der Gläubiger, gar nicht einmal in böswilliger Absicht, den Augenblick der Zahlungsfähigkeit des Schuldners unbenutzt verstreichen läßt, sodaß der Mitbürge für den zur Zeit der Ausklagung insolvent gewordenen Schuldner eintreten muß?

Der Bürge muß hier ein Mittel haben, das ihm die Macht gibt, aggressiv gegen den Gläubiger vorzugehen. Das alte römische Recht gewährte ihm das nicht, selbst nicht die Zeit Justinians.

Erst seit den Glossatoren ist das Streben bemerkbar, die Defensivstellung des Mitbürgen so zu stärken, daß es nur noch eines Schrittes bedurfte, um sie in eine direkte Offensive übergehen zu lassen. Den ersten Schritt taten sie dadurch, daß sie den Satz aufstellten, der zu ihrer Zeit communis opinio wurde: Die exceptio cedendarum actionum habe nicht dilatorische, sondern peremptorische Kraft, falls der Gläubiger seine Forderung nicht cedieren könne oder auch nur nicht mit Effekt. Der Erste, der diesen Satz aufstellte war Placentius,[1] ihm schloß sich auch Azo an. Auch noch nach Accursius bleibt diese Ansicht die herrschende.

---

1) Placentius Summa Inst. tit. de fidej.

Doch der Standpunkt, den Bürgen dadurch zu schützen, daß man kurz entschlossen jener Einrede einen peremptorischen Charakter beilegte, war verfehlt. Das schoß über das Ziel hinaus. Die aequitas verlangte, daß man zum Mindesten unterscheide, ob der Gläubiger dabei dolos gehandelt habe oder andrerseits bona fide. Die ganze Lehre von der Bürgschaft ist ja so durchdrungen von dem Gedanken der bona fides, daß dieser Unterschied billiger Weise ausnahmslos gemacht werden muß. Es rächt sich stets, wenn ein Rechtsbegriff plötzlich geschaffen wird, der in völligem Widerspruche zu den Rechtsverhältnissen und Vorbildern steht, aus denen er erstand und denen er dienen sollte. Das haben wir schon bei der lex Furia erfahren, wir sehen es hier vom Neuem: Nach römischem Rechte war der Gedanke einer peremptorischen Kraft jener Exceptionen einfach unmöglich. Dort konnte der Mitbürge, der den Gläubiger befriedigt hatte, nur dann von diesem eine actio cessa verlangen, wenn der Gläubiger eine solche Klage noch hatte. Und so stellt Bartolus sich schon der Ansicht Azo's[1] und seiner Zeit entgegen. Wohl sagt er: Si creditor non potest cedere actiones fidejussori, exceptione cedendarum actionum repellitur; doch fährt er fort: sed si sine culpa accidisset sibi, tunc ei non imputatur.[2]

Ja, Baldus[3] stellt sogar den Satz auf, jene peremptorische Wirkung könne dann nicht einmal eintreten, wenn selbst das Verhalten des Gläubigers dem

1) Azo Summa cod. tit. de fidejuss.
2) Bartolus zu l. 95 § 11 D. de sol.
3) Baldus zu auth. praes.

Schuldner gegenüber im Sinne des Mitbürgen dolos sei. Der Mitbürge müsse vielmehr den Gläubiger aufgefordert haben, den Schuldner schleunigst auszuklagen, mit dem Hinweis darauf, daß durch jede weitere Zögerung die Klage gegen diesen erfolglos werden könne, — so sehr habe sich die Vermögenslage des Schuldners verschlechtert. Das war ein völlig neuer Gesichtspunkt! Der Bürge sollte seinerseits gegen den Gläubiger vorgehen können, er sollte ihn zu bestimmen vermögen, entgegen seiner Absicht, schon jetzt den Schuldner im Interesse des Bürgen auszuklagen.

Doch diese durchgreifende Konsequenz im Hinblick auf das beneficium excussionis zog das spätere gemeine Recht zunächst nicht. Wohl entwickelte sich aus jenem Gedanken des Bartolus ein neues Rechtsinstitut, welches dem Bürgen eine Offensive gegen den Gläubiger gab; doch es schuf dieses Recht nicht im Hinblick auf die etwa gefährdete Stellung des Bürgen zum Schuldner, sondern im Hinblick auf die Gefahr, die dem Bürgen aus drohender Insolvenz seiner eigenen Mitbürgen entstehen konnte. Dieses neue Rechtsmittel, welches sich also auf das beneficium divisionis stützt, war die provocatio ex lege si contendat.[1] Sie gewährte dem Bürgen das Recht, bei drohender Insolvenz seiner confidejussores, auf Teilung zu dringen, bevor sich noch der Gläubiger an ihn gewandt hatte. Und tat das der Gläubiger nicht, so brauchte der Mitbürge für die später eintretende Zahlungsunfähigkeit der anderen nicht einzustehen, er haftete nur auf seinen Kopfteil. Durch die Provokation war also der Mitbürge,

1) L. 28 D. de fidejuss.

falls der Gläubiger seiner Aufforderung nicht Folge leistete, ein ipso iure pro parte tantum obligatus geworden, so wie ihn einst die lex Furia schuf. Während jedoch der Inhalt dieser lex-für den Gläubiger eine Härte bedeutete, ganz abgesehen davon, daß sie in den Rahmen der Zeit, in der sie gegeben wurde, nicht paßte, tritt die provocatio dem Gläubiger nicht zu nahe. Sie schwächt ja dies ipso jure pro parte tantum obligans dadurch ab, daß sie es von einem bestimmten äußeren Zeichen abhängig macht, von der provocatio.

Wohl erhielt der confidejussor die provocatio anfangs nur im Hinblick auf das beneficium divisionis, — allmählich begann sie sich aber auch auf das beneficium excussionis zu erstrecken. Fürchtete also der Mitbürge diese Einrede in Folge der Insolvenz des Schuldners einzubüßen, so durfte er den Gläubiger provocieren sofort den Schuldner auszuklagen.

Diese Ausdehnung der provocatio auf die Rechtswohltat der Vorausklage faßte immermehr festen Fuß, sodaß ihre Anwendbarkeit im 18. und 19. Jahrhundert außer Zweifel stand. Doch Eines war hierbei nach wie vor streitig.[1] War hier die Absicht der provocatio die, daß der Gläubiger sich sofort an den Schuldner wende oder sollte der Gläubiger gegen den provocierenden Bürgen erst seinen Anspruch erheben, um von diesem alsdann — auf die Rechtswohltat der Teilung gestützt — auf den Schuldner verwiesen zu werden?

Wir müssen uns für die zweite Ansicht erklären, schon von einem ganz allgemeinen Gesichtspunkte aus. Die provocatio schafft nichts Anderes als ein obliga-

1) Hasenbalg a. a. O. S. 629.

torisches Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem confidejussor, ein juris vinculum, welches eben nur zwischen diesen beiden Personen von verpflichtender Wirkung ist, wenn auch, wie hier, berufen, die Stellung eines Dritten — des Schuldners — zu beeinflussen.

Doch auch das beneficium cedendarum actionum konnte sich dem Einfluß der provocatio nicht entziehen. Der confidejussor konnte von nun ab den Gläubiger provocieren, daß er gegen ihn klage, damit die augenblicklich noch zahlungsfähigen Mitbürgen, von denen er Ersatz fordern wollte, nicht insolvent würden. Wohl nur wenig wurde die Ausdehnung der provocatio auf diese Rechtswohltat angewendet; lieber provocierte der Mitbürge im Hinblick auf die Rechtswohltat der Teilung, die ebenso sicher war und andererseits nicht die Zahlung der ganzen Schuldsumme, sondern nur den Kopfteil verlangte. Und doch war die provocatio ex beneficio cedendarum actionum berufen, eine Lücke des römischen Rechts auszufüllen:

Der confidejussor hatte auf die Einrede der Teilung zu Gunsten des Gläubigers verzichtet und war mithin auf die Rechtswohltat der Klageabtretung angewiesen; doch der Gläubiger war ja nicht verpflichtet, die Forderung, oder zum mindesten eine vollwertige, für die Zahlung des Mitbürgen diesem zu cedieren. Jetzt zwang der confidejussor durch die provocatio ex beneficio cedendarum actionum den Gläubiger ihn zu verklagen und damit zugleich ein Recht auf Klageabtretung zu gewähren, bevor Jener seine Forderung zerstört oder auch nur geschmälert hatte.

Doch der Gedanke, der einmal durch die Glossatoren aufgekommen war, daß jenen drei Benefizien peremptorische Kraft beizulegen sei, wollte nun einmal nicht untergehen. Selbst Girtanner,[1] der diesen Satz der Glossatoren im Hinblick auf die exceptio cedendarum actionum bekämpft, will ihn doch auf die Rechtswohltat der Vorausklage angewandt wissen, falls der Gläubiger die Ausklagung des Schuldners zu einer Zeit, wo sie noch Erfolg gehabt, versäumt hätte. Noch steht Girtanner nicht auf dem Standpunkt, den Arndts einnimmt, wenn er sagt, daß jede Bürgschaft ex bona fide zu beurteilen sei, welcher der Gläubiger dadurch zuwiderhandeln könne, daß er durch seine Handlungsweise oder auch nur durch Nachlässigkeit die dem Bürgen zukommenden gesetzlichen Hülfsmittel vereitele und dennoch fordernd an ihn herantritt;[2] „doch solle man nicht jedes nachsichtige Zögern bei Ausklagung des Schuldners als dolus gegenüber dem Mitbürgen betrachten." — Doch nicht nur dem Gläubiger wurde geholfen, indem jenen Einreden der zerstörende Charakter genommen wurde, — der confidejussor wurde andererseits frei, wenn der Gläubiger die Jenem zustehenden Rechte absichtlich vernichtete oder auch nur schmälerte. —

Immermehr brach sich jetzt der Gedanke Bahn, daß der Charakter jener Rechtswohltaten als Einreden sie in ihrer Anwendung so schwerfällig mache, und man unterfing sich, sie allmählich, nur eine nach der anderen, ipso iure wirken zu lassen, dann also schon, wenn auch nur

1) Girtanner a. a. O. S. 483.
2) Arndts a. a. O. § 357 Anm. 2.

der nackte Tatbestand vorlag, der die Anwendung der betreffenden Rechtswohltat rechtfertigte.

Das beneficium cedendarum actionum machte nach dieser Richtung hin den Anfang. Und wie einst die lex Apuleja als das älteste auf uns überkommene Gesetz, welches wohl überhaupt von Bürgschaft handelt, gerade die rechtliche Lage einer Mehrheit von Bürgen, der consponsores, durch die Bestimmung, die sie traf, beeinflußte, so war es auch hier wiederum der Fall der Mehrheit von Bürgen, für den die erste Konsequenz aus dem Gedanken gezogen wurde, daß jenen Einreden ipso iure - Wirkung beizulegen sei. Und gerade wie dort war es auch hier das Verhältnis von mehreren Mitbürgen zu einander, welches zunächst einer Änderung unterworfen wurde. Bisher konnte der confidejussor, der gezahlt hatte, nur dann Ersatz von seinem confidejussores verlangen, wenn der Gläubiger ihm seine Klage abgetreten hatte.

Von nun an aber sollte Jener, selbst wenn eine Abtretung nicht stattgefunden hatte, sofort und ohne jede weitere Voraussetzung einen Ersatzanspruch gegen seine Mitbürgen haben mit einer actio negotiorum gestorum utilis.

Das war der Übergang dazu dem beneficium cedendarum actionum überhaupt ipso iure - Wirkung beizulegen. Wohl treten Einzelne wie Seuffert[1] und Arndts[2] dem entgegen; doch jene Meinung scheint immer mehr Anhänger gefunden zu haben, sodaß sie schließlich allgemein anerkannt wurde. Und auch die

1) Seuffert a. a. O. (Pand.) Bd. II S. 303.
2) Arndts a. a. O. S. 517.

Praxis war in dieser Frage in 2 Lager geteilt. So entschied das Ober-App.-Gericht zu Rostock[1] im Jahre 1863, daß auch ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werde, daß der confidejussor nur unter Festhaltung seines Rechts auf Cession habe zahlen wollen, — im Gegensatz zu einer Entscheidung des Ober-Tribunals zu Stuttgart[2] im Jahre 1857.

Doch nicht nur das beneficium cedendarum actionum, — auch die Rechtswohltat der Teilung begann sich stets mehr und mehr von dem engen Begriffe ihres Charakters als Einrede zu entfernen. Wagte man auch nicht, dieser Rechtswohltat gleichfalls ipso jure — Wirkung beizulegen, so zeigt sich jene ganze Tendenz doch schon in der Entscheidung der Kontroverse, ob die Berufung auf die Rechtswohltat der Teilung den confidejussor dauernd von der Verpflichtung entbinde, für seine Mitbürgen zu zahlen. Wohl fanden sich Stimmen, welche für die Annahme einer nur temporären Wirkung sprachen; doch unaufhaltsam brach sich der Gedanke Bahn, der vor allem von Schröder und Wening-Jugenheim vertreten wurde:[3] Die exceptio divisionis befreie die Mitbürgen dauernd von jeder Zahlung. Als Beleg für diese Ansicht führt man an, daß die Rechtswohltat der Teilung die correi confidejussores doch eigentlich zu pro porte obligati mache, so wie es einst die lex Furia tat.

L. 51 § 4 D. 46,1 bezeugt aber von dieser Umwandlung, daß sie den confidejussor dauernd befreie, für seine confidejussores zu zahlen.

1) Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 40.
2) Seuffert a. a. O. Bd. 12 Nr. 117.
3) Vgl. Heimbach a. a. O. S. 895.

Doch den gewaltigsten Erfolg in dem Bestreben, die engen Grenzen, die ihm gezogen waren, zu durchbrechen, tat das beneficium excussionis. Auch hier ist es wiederum eine Streitfrage, die davon zeugt: Hatte einer der Mitbürgen auf die Rechtswohltat der Vorausklage verzichtet, und stand er so, dem Gläubiger freie Wahl gewährend, neben dem Schuldner, so war aus ihm eine besondere Art von Bürgen, ein debitor principalis, geworden, ein Selbstschuldner, eben weil er die Rechtswohltat der Vorausklage aufgegeben hatte.

Da stellte man in der Mitte des 15. Jahrhunderts den Satz auf, daß einen solchen debitor principalis, der doch diesen Namen gerade infolge seines Verzichtes auf das beneficium excussionis führt, diese Rechtswohltat dennoch zustehe. Das war ein völlig neuer Standpunkt. Ein beneficium sollte es geben, so unverzichtbar, daß selbst der von den Mitbürgen, der durch seine Erklärung wie durch die Art seines Haftens offenkundig von seiner Anwendung Abstand genommen hatte, es dennoch behielt. Man begründete diesen Satz damit, daß der Selbstschuldner nichts anderes als eine besondere Art von Intercedenten sei, und diesen stehe nach Nov. 4 stets das beneficium excussionis zu.[1]

Wohl macht Hippolytus schon demgegenüber geltend, daß bei dieser Auffassung die Worte: „als Selbstschuldner" gänzlich überflüssig seien, und auch Andreas Gaill[2] und später Matthäus Wesenbeck[3] und

1) Girtanner a. a. O, S. 240.
2) Gaill, Pract. observ. libri.
3) Wesenbeck, Comm. in Pand. iur. civ.

Zanger[1] und Treutler[2] pflichten dieser Ansicht bei; doch Ernst Cothmann[3] z. B. versucht die entgegengesetzte Ansicht zu verteidigen. Zwar muß er zugeben, daß alsdann die Worte, „als Selbstschuldner" in der Tat müßig sein; allein, das sei nicht maßgebend, was die Parteien eigentlich beabsichtigt hätten, — quid contractus initus ostendat, **das** sei das Ausschlaggebende. Die Worte eines Vertrages, hier der Bürgschaft, dürften nicht im Widerspruch mit dessen wesentlicher Natur stehen: das beneficium excussionis gehöre aber zum Wesen der Bürgschaft. Auch in der Praxis machte sich diese Ansicht geltend; so entschied die Kurfürstlich Sächsische Gesetzgebung in diesem Sinne.[4] — Die ganze Streitfrage spitzte sich schließlich darauf zu, ob in den Worten „als Selbstschuldner" ein stillschweigender Verzicht auf die Rechtswohltat liege oder nicht.

Anton Hering bejaht diese Frage im Sinne Hippolytus; aber andere Männer von nicht geringerer Bedeutung stellen sich dem entgegen. Ein äußerer Unstützungsgrund im Hinblick auf das beneficium divisionis kam ihnen dabei zu Hülfe. Hatten sich nämlich mehrere Bürgen mit dem ausdrücklichen Zusatz „in solidum" verbürgt, so verzichteten sie dadurch eben auf die Rechtswohltat der Teilung. Und doch gaben ihnen die Kaiser Severus und Antoninus in diesem Falle das beneficius divisionis.[5]

1) Zanger, Tract. de except.
2) Treutler, Disp. ad just civ. Jus.
3) Cothmann. Resp. jur. et comult.
4) const. 18 P. II.
5) Vgl. Girtanner a. a. O. S. 243.

Auch die Praxis entschied nach beiden Richtungen hin. So finden wir inbezug auf das 16. Jahrhundert bei Hering Angaben, welche für wie gegen die Meinung sprechen, daß dem Mitbürgen, der sich als debitor principalis verpflichtet hatte, dennoch das beneficium excussionis zustehe. Und auch die spätere Praxis ist in zwei Lager geteilt. So entscheidet das Halberstädtische Gericht,[1] ferner auch das OAG. zu Kassel[2] wie auch die Göttinger Juristenfakultät,[3] daß einem confidejussor principaliter debens dennoch das beneficium excussionis zustehe, während z. B. das Obertribunal zu Wismar[4] in verschiedenen Fällen im entgegengesetzten Sinne entscheidet.

So ist denn die Stellung der Mitbürgen von der Zeit der Glossatoren an, bis hinein in das 18. Jahrhundert in theoretischen Fragen und damit in der Praxis, — ist die ganze rechtliche Lage der Mitbürgen eine schwankende: Die Folge des Fehlens eines einheitlichen, in allen deutschen Landesteilen gleiches Recht schaffenden Gesetzbuches.

Das ist die Stellung der Mitbürgen im gemeinen Recht.

§ 9.

Wenn wir nun zu betrachten beginnen, welche Stellung das deutsche bürgerliche Recht den Mitbürgen angewiesen, so wird es zur Beurteilung dessen von großer Wichtigkeit

1) Entscheidung bei Cocceji, Jus civ. contrev.
2) Entscheidung bei Cannegießer, X S. 259.
3) Entscheidung bei Pütter, auserles. Rechtsfälle.
4) Entscheidung bei Mevius I 229 IV 104 IX 186.

sein, wenn auch nur kurz zu beleuchten, wie sich die dem deutschen BGB. voraufgehenden Kodifikationen der Mitbürgschaft und insbesondere eben jenen drei Rechtswohltaten: der Vorausklage, der Teilung und der Klageabtretung, gegenüber gestellt haben.

Das beneficium excussionis ist dort dem Mitbürgen wie dem Einzelbürgen durchweg zugestanden: So vom allgemeinen Landrecht,[1] vom Code Civil,[2] vom österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch[3] und sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch.[4] Dabei mag erwähnt werden, daß das Allgemeine Landrecht noch einen Schritt weiter ging: Es giebt dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht, der Gläubiger hat vielmehr die Tatsache, daß der Schuldner erfolglos durchexequiert sei bezw. nichts Pfändbares besitze, zu behaupten und auf Bestreiten zu beweisen, wenn er den Bürgen mit Erfolg in Anspruch nehmen will.

Die Einrede der Teilung findet sich in beschränktem Maße nur im Code civil;[5] in allen übrigen Kodifikationen ist sie ausgemerzt: Die solidarische Haftung der Mitbürgen ist statuiert; so im Allgemeinen Landrecht;[6] im badischen Landrecht,[7] im österreichischen BGB.,[8] im sächsischen BGB.[9] Das beneficium cedendarum actionum ist zunächst abgelöst und ersetzt durch den transitus legalis

1) I 14 § 283.
2) Art. 2021, 2022.
3) § 1335.
4) § 1461.
5) Art. 2025.
6) I, 14 § 374.
7) § 2027 a.
8) § 1359.
9) § 1458 BGB.

der Rechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen; so im allgemeinen Landrecht,[1] Code civil,[2] österreichischen BGB.;[3] doch erfährt die Frage des Regresses der Mitbürgen unter einander zumeist eine besondere Regelung: Das allgemeine Landrecht[4] gibt unter den Mitbürgen Regreß, wenn sie sich gemeinschaftlich, nicht aber, wenn sie sich unabhängig von einander verbürgt haben; ähnlich das sächsische BGB.: Es gibt Regreß, wenn unter ihnen eine Gemeinschaft oder ein Auftragsverhältnis besteht. Der Code civil[5] gewährt Rückgriff mit ganz geringfügigen Einschränkungen; das österreichische BGB. gibt endlich schlechthin Regreß unter ihnen.

Das deutsche BGB. hat in Übereinstimmung mit den vorhin genannten neueren Kodifikationen, im Gegensatz zum gemeinen Recht, das beneficium divisionis, jene ureigenste Rechtswohltat der Mitbürgen, welche ihr Verhältnis zum Gläubiger regelt, **nicht** übernommen. Es bestimmt in § 769, daß Mehrere, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, als Gesamtschuldner haften, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben. Dieser letzte Zusatz der Bestimmung ist der —jetzt überflüssige — Rest eines im Entwurf I notwendigen Satzes. Der Entwurf I bestimmte in § 673, daß die Mitbürgen als Gesamtschuldner haften sollten und lautete sodann: „Es macht keinen Unterschied, ob die Verbürgung zu derselben Zeit oder zu verschiedener

1) I, 14 § 388.
2) Art. 2029.
3) § 1358 BGB.
4) I, 14 § 373 ff.
5) Art. 2033.

Zeit, gemeinsam oder nicht gemeinsam, geschehen ist." Dabei unterlag es nach den Motiven keinem Zweifel, daß bei nicht gemeinsamer Verbürgung jeder Bürge auf Grund seines Versprechens auf das Ganze haftete, mithin sich ein Gesamtschuldverhältnis ergäbe.[1] Hingegen veranlaßten insbesondere der Praxis entnommene Gründe — die oft recht zweifelhafte Frage, ob gemeinsame Verbürgung vorliege oder nicht[2] vor Allem — die Verfasser des Entwurfs I für die sich gemeinschaftlich verpflichtenden Mitbürgen eine Ausnahme von dem in § 320 des Entwurfs I niedergelegten Prinzip der Teilhaftung zu machen. Der Nachdruck jenes oben angeführten Satzes des § 673 Entwurf I lag also darauf, daß auch bei gemeinsamer Verbürgung ein Gesamtschuldverhältnis begründet werden solle. Nach dem BGB. ist jedoch gemäß der im Entwurf I nicht vorhandenen Vorschrift des § 427 ganz außer Zweifel,[3] [4] daß gemeinschaftliche Übernahme der Bürgschaft für eine teilbare Leistung ein Gesamtschuldverhältnis herbeiführe; ebenso unzweifelhaft ist es nach § 431 BGB. für unteilbare Leistungen. Das Schwergewicht des Zusatzes des § 669 BGB. liegt jetzt also gerade auf dem entgegengesetzten Punkt als im § 673 des Entwurfs I und bedeutet nur etwas Selbstverständliches, daß eben die Mitbürgen bei nicht gemeinschaftlicher Übernahme der Verpflichtung als Gesamtschuldner haften.

---

1) Mugdan II S. 272.
2) Mugdan a. a. O.
3) Planck, zu § 769.
4) Harms S. 62 oben.

Die Mitbürgen haften also in jedem Falle nach dem BGB. als Gesamtschuldner. Das bedeutet zweifellos, daß die §§ 421 ff. BGB. Anwendung finden sollen. Die Frage, ob das Gesetz ein „wahres Gesamtschuldverhältnis" hat schaffen wollen, da es nur sagt, die Mitbürgen haften *als* Gesamtschuldner, wie sie *Kremer* S. 64, 65 aufwirft, erscheint danach als praktisch bedeutungslos. Theoretisch erledigt sie sich wohl durch die Erwägung, daß das Gesetz in allen Fällen, in denen es gesamtschuldnerische Haftung statuiert, genau den gleichen Ausdruck braucht: §§ 42, 53, 54, 427, 840, 1833, 2058 u. a. m.; wenn daher in allen diesen Fällen auch ein „wahres Gesamtschuldverhältnis" nicht vorliegen sollte, würde die Frage entstehen, wo denn überhaupt ein solches zu finden sei.

Daß wir es hier mit einem Gesamtschuldverhältnis zu tun haben, bedeutet nun freilich nicht, daß alle Mitbürgen auf genau das Gleiche oder unter genau denselben Modalitäten haften. Der Grund ihrer Haftung ist der Bürgschaftsvertrag; ein Jeder haftet nach Maßgabe seines Versprechens, und es ist daher sehr wohl möglich, daß einer der Mitbürgen sich nur auf Zeit[1] oder mit einer Haftungsgrenze - nicht über diesen oder jenen bestimmten Betrag hinaus — unter einer Bedingung oder Befristung verbürgt, der andere Mitbürge aber ohne solche. Trotzdem sind sie Mitbürgen und haften als Gesamtschuldner, vorausgesetzt, daß es dieselbe Hauptschuld ist, für welche sie sich verbürgt haben.[2]

1) § 777 BGB.

2) Kremer § 3 S. 58.

Die Tatsache, daß auf die Mitbürgschaft die §§ 421 ff. Anwendung finden, bedeutet im Verhältnis zum Gläubiger in erster Linie den Ausschluß der exceptio divisionis: Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner g a n z oder zum Teil fordern.[1] Und mit Recht ist diese Einrede ausgeschlossen: Einer Forderung der Billigkeit ist damit genügt.

Die Mitbürgen sind also nach dem BGB. in allem und jedem Falle Gesamtschuldner, und das mit Recht. Der Gläubiger hat z. B. nur einen Bürgen, so haftet ihm dieser auf das Ganze. Später kommt noch ein zweiter hinzu — Mitbürgen entstehen. Soll er da durch diesen zweiten, der doch nur in dem Sinne hinzugetreten ist, den Gläubiger noch sicherer zu stellen, eine Schmälerung der Rechte erfahren, die er dem ersten Bürgen gegenüber bereits erworben hat? Der erste Bürge haftete ihm ja, als er allein war, auf das Ganze; nun soll er ihm — gestützt auf die Rechtswohltat der Teilung — nur auf die Hälfte einstehen! Nein! Durch die Mehrheit der Bürgen wächst die Sicherheit des Gläubigers, nehmen seine Rechte zu: Er ist ungehindert diesen oder jenen Bürgen auf das Ganze oder einen Teil nach seiner freien Wahl in Anspruch zu nehmen. Die Anwendbarkeit der §§ 421 ff. BGB. bedeutet aber auch ferner die Wirksamkeit der in der Person eines der Mitbürgen gegebenen Erfüllung, des Erlasses (unter Umständen) und des Annahmeverzugs des Gläubigers für alle anderen Mitbürgen;[2] erfüllt der Hauptschuldner seine Schuld, so werden ja die sämtlichen Mitbürgen frei infolge der accessorischen Natur ihrer Verpflichtung, die ohne eine Hauptschuld

1) § 421 BGB.
2) §§ 422, 423 BGB.

nicht bestehen kann. Leistet nur einer der Mitbürgen an den Gläubiger, so wirkt diese Erfüllung jedenfalls in der Art für die sämtlichen Mitbürgen, daß der Gläubiger von ihnen nichts mehr fordern kann; dem Gläubiger gegenüber werden sie frei. Obgleich nun der Gläubiger befriedigt ist, und daher an sich das auf einmalige Leistung gerichtete Gesamtschuldverhältnis erlöschen müßte, wird es durch eine positive Bestimmung des Gesetzes zum Teil aufrecht erhalten, um im internen Verhältnis der Mitbürgen dem Regreßanspruch als Stütze zu dienen.[1] Hierüber ist später noch zu sprechen.

Welche Wirkung die Leistung seitens eines der Mitbürgen für den Hauptschuldner und dessen Verbindlichkeit hat, mag immerhin fraglich sein. Daß jedenfalls der zahlende Mitbürge berechtigt ist, nicht nur seine eigene Bürgschaftsverbindlichkeit, sondern auch die Hauptschuld zu tilgen, ergibt sich ohne weiteres aus § 267 BGB. Aber wenn auch der Bürge nur seine eigene Bürgschaftsschuld allein, nicht auch die des Hauptschuldners sollte gezahlt haben wollen, so wird doch zweifellos der Gläubiger vom Hauptschuldner nichts mehr fordern können. Das gibt auch Kremer[2] zu; im Gegensatz zu ihm[3] ist aber andererseits anzunehmen, daß der zahlende Bürge im Zweifel nicht nur seine eigene Schuld zahlen will. Die Zahlung des Bürgen bewirkt materiell jedenfalls, daß der Gläubiger nun weiter nichts mehr fordern darf; das ist gewiß auch jedem Bürgen, der zahlt, klar, und es ist gewiß anzunehmen, daß er diesen Effekt auch

1) § 426 BGB.
2) Seite 19.
3) Seite 18 Anm. 3.

erreichen will, um so mehr, als bei der Eigenartigkeit des Bürgschaftscharakters die Hauptschuld auch für den Bürgen als das Bedeutungsvollste im Vordergrunde steht. Jedenfalls ist der Übergang der gläubigerischen Forderung auf den Bürgen gemäß § 774 BGB. immer die Folge seiner Zahlung, mag er nun seine eigene Bürgschaftsverbindlichkeit oder auch die Hauptschuld haben tilgen wollen. Im letzteren Falle will Kremer[1] den Uebergang ausschließen; doch die Fälle, in denen das Gesetz sonst einen gesetzlichen Übergang einer Forderung auf einen zahlenden Dritten vorsieht,[2] zeigen, daß das Gesetz auch dann ein Fortbestehen und einen Übergang der Forderung will, wenn der Dritte gerade diese Forderung tilgen wollte, da in diesen Fällen der zahlende Dritte seinerseits überhaupt nichts schuldet, mithin sein Wille, den Gläubiger zu befriedigen, sich nur auf die allein vorhandene Verbindlichkeit beziehen kann, die dann trotz der Tilgung bei Bestand bleibt und auf ihn übergeht. So ist denn auch hier in jedem Falle der gesetzliche Übergang der Forderung anzunehmen. Wir werden auf diesen gesetzlichen Übergang demnächst noch zurückzukommen haben.

Ein Erlaß hat dem § 423 BGB. zufolge gesamtzerstörliche Wirkung nur, wenn der Gläubige und der betreffende Mitbürge durch den Erlaßvertrag das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten; sonst wirkt er nur unter ihnen. Freilich, unter Umständen ist ein Erlaß, durch welchen der Gläubiger nur dem Mitbürgen seine Verpflichtung erläßt, auch von Bedeutung für die andern

1) Seite 131.
2) § 268, 1150, 1249 BGB.

Mitbürgen: Nach § 776 BGB. wird der Mitbürge insoweit frei, als der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Recht gegen einen andern Mitbürgen, aus welchem der erstere hätte Ersatz erlangen können, aufgiebt. Auf diese Bestimmung kommen wir noch zurück; in diesem Zusammenhang soll nur noch darauf hingewiesen werden, daß der Gläubiger dadurch, daß er dem einen der Mitbürger seine Verbindlichkeit erläßt, an der unter den Mitbürgern gemäß § 426 BGB. bestehenden Ausgleichungspflicht natürlich nichts ändern kann.

Schließlich wirkt auch die Tatsache, daß der Gläubiger durch einen der Mitbürger in Annahmeverzug gesetzt wird, für die übrigen Mitbürgen. Das ist freilich nicht so zu denken, als ob der Gläubiger nun tatsächlich auch ihnen gegenüber in Annahmeverzug sei; doch die Folgen des dem einen der Mitbürgen gegenüber eingetretenen Annahmeverzuges kommen auch den andern zu gute. Diese Auffassung hat ihre besondere Bedeutung für die Frage nach der Beseitigung des Verzugs, und man wird annehmen müssen, daß der Gläubiger nur dem ihn in Verzug setzenden Mitbürgen gegenüber den Verzug zu beseitigen hat, nicht auch den andern nur an den Folgen desselben partizipierenden Mitbürgen gegenüber; diese letzteren können sich für die Zukunft auf den Annahmeverzug nicht mehr berufen, sobald er jenem Mitbürgen gegenüber beseitigt ist.[1]

Alle andern Ereignisse, wie Kündigung, Verzug, Verschulden u. s. w., haben gemäß § 425 BGB. nur Bedeutung für den Mitbürgen, in dessen Person sie ge-

1) Ebenso Kremer S. 101, 102.

geben sind; die andern Mitbürgen können sich nicht darauf berufen.

Nach Innen, unter den mehreren Mitbürgen, wirkt die Tatsache ihrer Gesamthaftung zunächst dahin, daß sie gemäß § 426 BGB., soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, im Verhältnis zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Und das ist von Bedeutung nicht erst, sobald der Gläubiger den einen oder anderen der Mitbürgen zur Zahlung genötigt hat, sondern auch schon vorher: Jeder einzelne Mitbürger hat kraft des sie alle umschlingenden Gesamtschuldverhältnisses das Recht, von einem jeden der anderen Mitbürgen zu fordern, daß dieser das Seinige tue, daß niemand von ihnen an den Gläubiger mehr als seinen Anteil zu zahlen brauche; er hat also das Recht zu fordern, daß ein jeder seinen Anteil dem Gläubiger, — der ja gemäß § 226 BGB. Teilleistungen ablehnen darf — gemeinschaftlich mit den anderen Mitbürgen anbiete oder aber, daß sie alle ihre Anteile zusammenlegen und den Gläubiger alsdann damit befriedigen. Jeder Mitbürge kann sich danach, nötigenfalls durch Klage gegen seine Mitbürgen, dagegen schützen, mehr als seinen Anteil zahlen zu müssen. Etwaige Insolvenz eines der Mitbürgen ist von den solventen wiederum anteilmäßig zu tragen.

Hat nun der eine der Mitbürgen den Gläubiger befriedigt, so hat er nach dem BGB. — abgesehen davon, daß er auf Grund des der Verbürgung unterliegenden Auftrags oder sonstigen Rechtsverhältnisses von dem Schuldner Ersatz verlangen kann — einen Rückgriff sowohl gegen den Schuldner, wie auch gegen seine Mit-

bürgen, und damit kommen wir zu dem Gebiet des gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum. Das BGB. kennt diese Rechtswohltat nicht mehr: Heutigen Tags braucht der Bürge die Abtretung der Ansprüche nicht mehr vom Gläubiger zu erzwingen, nein, kraft Gesetzes gehen sie auf ihn über, sobald und soweit er den Gläubiger befriedigt. Der Übergang des gläubigerischen Anspruchs gegen den Hauptschuldner auf den zahlenden Mitbürgen ist nun nichts der Mitbürgschaft Eigentümliches, — in dieser Hinsicht steht der Mitbürge nicht anders als der Alleinbürge. Doch mag hier ein Wort über die rechtliche Konstruktion dieses gesetzlichen Forderungsüberganges gesagt werden, um so mehr, als ein solcher Übergang ja durch § 426 BGB. auch für das interne Verhältnis der Mitbürgen unter einander vorgesehen ist. Eine erhebliche Schwierigkeit der theoretischen Konstruktion dieses Überganges ist nicht abzuleugnen. Es gilt die Tatsache zu erklären, daß die Forderung von dem Gläubiger übergeht auf den Bürgen, obwohl dieser den Ersteren befriedigt, mithin eigentlich die Forderung zum Erlöschen gebracht wird.

Der Gedanke, die Weiterexistenz der Forderung dadurch zu erklären, daß gesagt wird, der Bürge kaufe dem Gläubiger dieselbe ab, scheitert daran, daß jedenfalls bei dem Gläubiger der Verkaufswille nicht vorhanden sein wird; er will nicht verkaufen; er will befriedigt werden.[1]

Ebensowenig ist die Erklärung annehmbar, daß eine gesetzliche Neubegründung des Rechts stattfinde, denn wie wäre dann der Übergang der mit der erloschenen

1) cf. Mathiaß § 131 IV B 2g.

Forderung verbundenen Vorzugs- und Sicherheitsrechte auf den neuen Gläubiger möglich?!

Es bleibt nichts anderes übrig als die Annahme einer gesetzlichen Fiktion des Fortbestandes der Forderung und Übergang derselben kraft Gesetzes.

Dieser unverkennbaren theoretischen Schwierigkeiten wegen dieses Institut als „eines der verunglücktesten" des BGB. zu bezeichnen, wie Kremer[1] es tut, muß jedoch Widerspruch hervorrufen, wenn Kremer einen solchen auch nicht befürchtet. Der gesetzliche Forderungsübergang ist nur eine zweckmäßige Weiterentwickelung des beneficium cedendarum actionum, bei dem genau die gleiche theoretische Schwierigkeit vorlag und findet in der geschichtlichen Entwickelung seine völlig ausreichende Grundlage. Und jedenfalls wäre es nicht minder schwer sich theoretisch damit abzufinden, wenn das Gesetz etwa, wie Kremer[2] lieber gesehen, angeordnet hätte, daß die Pfandrechte, Hypotheken und Vorzugsrechte, die mit der Forderung des Gläubigers verbunden sind, auf die Ersatzforderung des Bürgen aus dem Auftrag oder dergl. übergeben sollten. Es wäre das keine geringere Anomalie gewesen und noch dazu eine, die auch nicht einmal eine historische Grundlage gehabt hätte.

Besondere Komplikationen, die speziell für die Mitbürgschaft interessieren, können sich aus dem gesetzlichen Forderungsübergang ergeben, wenn von den mehreren Mitbürgen einige, etwa zwei, an den Gläubiger zahlen,

---

1) S. 146.
2) S. 128.

ein jeder die ganze Summe, und der Gläubiger diese Doppelzahlung annimmt. Wie steht es in solchem Falle mit dem Rückgriff gegen den Hauptschuldner? Kremer[1] will nur dem erstzahlenden Mitbürgen einen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner auf Grund des gesetzlichen Forderungsüberganges geben, nicht aber dem zweiten; dieser habe den Gläubiger nicht befriedigt, die bereits auf den erstzahlenden Bürgen übergegangene Forderung könne von dem nur noch scheinbaren Gläubiger auf den zweitzahlenden gar nicht mehr übergehen. Das ist wohl richtig, doch scheint mir dabei die Bestimmung des § 408 BGB., die nach § 412 BGB. hier Anwendung zu finden hat, außer acht gelassen zu sein: Das Regreßrecht des erstzahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner erlischt nach § 408 BGB. dann, wenn letzterer an dem zweitzahlenden leistet, ohne zu wissen, daß er eben nur der zweitzahlende war, daß ein anderer Bürge schon vor ihm an den Gläubiger geleistet und damit die Forderung erworben hatte. Unter den beiden Mitbürgen regelt sich die Sache nach § 816 BGB.

Durch Befriedigung des Gläubigers seitens eines der Mitbürgen gehen weiter in gewissem Umfange ipso jure die Ansprüche des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den zahlenden über. Freilich kann dieser Übergang nach dem klaren, ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes, soweit ausschließlich das Verhältnis der Mitbürgen unter einander in Frage kommt, nicht aus § 774 Abs. 1 BGB., sondern nach § 774 Abs. 2 nur aus § 426 BGB. gefolgert werden.[2] Aus § 774 Abs. 1

1) S. 148.
2) Anders Kremer S. 202.

BGB. in Verbindung mit den §§ 412, 401 BGB. würde sich ergeben, daß mit der Forderung auch die Rechte gegen die als Gesamtschuldner ein jeder auf das ganze haftenden übrigen Mitbürgen auf den befriedigenden Mitbürgen übergehen. Diese Konsequenz ist durch § 774 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen. Die Frage des Rückgriffs unter den Mitbürgen regelt sich *ausschließlich* nach § 426 BGB.[1]

Nach dieser letzteren Gesetzesbestimmung hat der zahlende Mitbürge *zwei* Grundlagen für seinen Regreßanspruch gegen seine Mitbürgen: Einmal kann er auf Grund der sich aus dem Gesamtschuldverhältnis ergebenden Ausgleichungspflicht von jedem Mitbürgen Ersatz in Höhe des auf einen Jeden fallenden Anteils der gezahlten Summe verlangen,[2] und das gilt sowohl bei Zahlung des Ganzen wie eines Teiles der Forderung an den Gläubiger. Ist einer der Mitbürgen insolvent, so wird der dadurch entstehende Ausfall ebenfalls anteilmäßig auf alle solventen — also auch auf den Mitbürgen, der gezahlt hat, und nun Regreß nehmen will — verteilt. Dieser aus § 426 Abs. 1 BGB. sich ergebende Ausgleichungsanspruch des regreßnehmenden Mitbürgen ist nicht ein Anspruch, für den die übrigen Mitbürgen als Gesamtschuldner haften; jeder derselben haftet *nur für seinen Anteil*; freilich die Höhe dieses seines Anteils richtet sich nicht nur nach der Kopfzahl, sondern auch nach der Solvenz der übrigen.

Zum Andern geht, insoweit solche Ausgleichungspflicht besteht, die Forderung des Gläubigers auf den be-

1) Harms S. 12. Matthiaß § 131 IV 1. Planck a. a. O.
2) § 426 Abs. 1 BGB.

friedigenden Mitbürgen über.[1] Hier sind nun in der Hauptsache zwei Anschauungen vertreten: Entweder geht die Forderung auf den zahlenden Bürgen über in der Weise, daß das, was von jedem der Mitbürgen als Ausgleich nach § 426 Abs. 1 BGB. verlangt werden kann, auch auf Grund der insoweit — und nur insoweit — auf den zahlenden Mitbürgen übergangenen Forderung verlangt werden kann, diese mithin durch den Übergang den solidarischen Charakter verliert und in eine Reihe von Einzelansprüchen sich teilt. Oder aber die Forderung geht so über, daß die übrigen Mitbürgen dem zahlenden als Gesamtschuldner haften auf das Ganze, abzüglich des auf den zahlenden entfallenden Anteils. Diese letztere Ansicht vertritt insbesondere auch Kremer.[2] Freilich gibt auch er zu, daß der zahlende Mitbürge, trotzdem ihm die übrigen auf das Ganze, abzüglich des eigenen Anteils, als Gesamtschuldner haften, doch von jedem derselben nicht mehr als den auf ihn entfallenden Anteil begehren könne.[3] Da muß man sich aber denn doch fragen, wozu ein Gesamtschuldverhältnis annehmen, wenn dessen wesentlichste Folge ausgeschlossen sein soll? Und zwingt denn das Gesetz zu solcher Annahme? Nein, in keiner Weise! Es widerspricht geradezu die Annahme, daß der zahlende Mitbürge auf Grund der auf ihn übergegangenen Forderung die übrigen Mitbürgen als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen könne, der wesentlichsten Bestimmung des § 426 Abs. 1 BGB., durch welche ja gerade für das interne

1) § 426 Abs. 2 BGB.
2) § 11 S. 172 ff.
3) S. 188, 707.

Verhältnis Gesamthaftung ausgeschlossen und Teilhaftung angeordnet wird. Dem Gesetz gerecht wird nur die Annahme, daß mit dem Übergang auf den zahlenden Mitbürgen die gläubigerische Forderung sich in mehrere Quoten teilt, deren jede nur gegen einen einzelnen der übrigen Mitbürgen geltend gemacht werden kann und deren Höhe sich nach der des Ausgleichungsanspruchs richtet, welch letzterer sich gemäß § 426 Abs. 1 BGB. nicht nur nach der Kopfzahl, sondern auch der Solvenz der Mitbürgen bemißt. Die hauptsächlichste Folge des Forderungsüberganges ist die, das etwaige Nebenrechte derselben dem regreßnehmenden Mitbürgen zu Gute kommen,[1] wie Pfandrechte, Ansprüche aus einer Vormerkung, Zinsansprüche, auch Ansprüche aus Vertragsstrafen und dergl.

Über die theoretische Konstruktion dieses gesetzlichen Forderungsüberganges ist oben gesprochen worden.

Freilich, die Nichtanwendbarkeit des § 774 Abs. 1 und die Regelung des Verhältnisses durch § 426 BGB. reicht nur so weit, als ausschließlich die gegenseitigen internen Rechtsbeziehungen der Mitbürger untereinander in Frage stehen. Sobald es sich um die Haftung des Hauptschuldners den Mitbürgen gegenüber handelt, greift auch § 774 Abs. 1 BGB. wieder ein. Das hat seine Bedeutung insbesondere für den Fall, daß etwa der eine, A, von zwei Mitbürgen, A und B, der den Gläubiger befriedigt hat, von seinem Mitbürgen B Ausgleich verlangt, ehe er den Hauptschuldner in Anspruch nimt; B zahlt seinen Anteil an A und begehrt nun vom Hauptschuldner Ersatz des an A

1) Ebert bei Fischer-Henle § 401 Anm. 3.

Gezahlten. Hier kann B sich dem Hauptschuldner gegenüber sehr wohl darauf berufen, daß nach § 774 Abs. 1 BGB. die Forderung des Gläubigers mit allen Nebenrechten auf A übergegangen sei, so daß diesem nicht nur der Schuldner, sondern auch er selbst, B, als Bürge gehaftet habe und weiter, daß nun, da er, B, den A, der ja Gläubiger gewesen, zum Teil bezahlt habe, insoweit gemäß § 774 Abs. 1 BGB. dessen Forderung gegen den Schuldner auf ihn, B, übergegangen sei.

Mag nun die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen nach § 774 oder § 426 BGB. übergegangen sein, keinesfalls darf dieser Übergang zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

So geht z. B., wenn für die Forderung, die der Mitbürge erfüllt hat und zugleich für eine zweite andere Forderung des Gläubigers eine Hypothek bestellt ist, der Gläubiger mit seiner Forderung dem Mitbürgen vor.

Andererseits darf der Gläubiger die Lage der Mitbürgen nicht dadurch verschlechtern, daß er mit der Forderung verbundene Sicherheitsrechte, die ihm ja freilich in erster Linie zu Gute kommen sollen, aufgiebt. Nach § 776 BGB. wird der Bürge insoweit frei, als der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, ein für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgiebt, und der Bürge hätte aus dem aufgegebenen Rechte Ersatz verlangen können. Die Befreiung des Bürgen tritt ein unmittelbar mit der Aufgabe des Rechts seitens des Gläubigers, mag der Grund dafür gewesen sein, welcher er will. Den Bürgen trifft freilich die Beweislast für die Tat-

sache der seine Befreiung herbeiführenden Aufgabe des Rechts seitens des Gläubigers; es kann diesem aber der Gegenbeweis nicht abgeschnitten werden, daß der Bürge aus dem aufgegebenen Rechte Befriedigung nicht würde erlangt haben[1] — etwa weil die Pfandsache wertlos oder der Mitbürge insolvent geworden sei. Zahlt der Bürge, trotzdem er gemäß § 776 BGB frei geworden ist, weil er nichts davon erfahren hat, so kann er, da er eine Nichtschuld gezahlt, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung[2] von dem Gläubiger das Gezahlte zurückfordern; er wird aber auf diesem Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger beschränkt sein und insoweit Ausgleich von seinen Mitbürgen nicht verlangen können, da sich die Ausgleichungspflicht nur auf das Gesamtschuldverhältnis stützt, ein solches insoweit aber nicht mehr vorliegt.

Schließlich ist die Vorausklage auch in ihren Grundzügen so in das deutsche bürgerliche Recht übergegangen, wie sie das gemeine Recht entwickelt hat[3]: So lange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung erfolglos gegen den Hauptschuldner versucht hat, kann der Mitbürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern.[4]

Wohl erkannte der Gesetzgeber, daß die Gewährung des beneficii excussionis nicht unbedenklich sei, was auch schon das alte HGB. dadurch gekennzeichnet, daß es in Art. 281 Abs. 2 für handelsrechtliche Bürgschaften diese Rechtswohltat ausschließt. Die Versagung des Rechts-

1) Crome 2,7 § 298 Anm. 21 ff.

2) § 812 ff. BGB.

3) Vgl. auch Code civil 2021; sächs. BGB. § 1461; Schweiz. Obl.-R. 493.

4) § 771 BGB.

behelfs der Vorausklage wäre vor Allem das Mittel gewesen, dem leichtsinnigen Verbürgen zu steuern.[1] Und doch hat das BGB. jenes beneficium aufgenommen, in dem Gedanken, daß der Bürge in Gemäßheit des rechtlichen Bürgschaftsbegriffes durch das Bürgschaftsversprechen an sich nicht nur den Willen erkläre, erst hinter dem Hauptschuldner zu haften, sondern auch nur für den Fall einzustehen, falls und soweit jener Rechtsbehelf dem Hauptschuldner gegenüber ohne Erfolg versucht sei.

Andererseits ist in Ansehung der Gefahr, welche ihre Gewährung schaffen kann, die Rechtswohltat der Vorausklage im BGB. in gewisser Weise beschränkt. Zunächst ist sie ausgeschlossen in den Fällen des § 773 BGB.: Bei Verzicht auf dieselbe, — wobei Verbürgung als Selbstschuldner als solcher gilt — bei wesentlicher Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Schuldner durch nach Übernahme der Bürgschaft eingetretene Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltes des Schuldners, ferner bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners und endlich bei voraussichtlicher Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen. In den beiden letzten Fällen hat die Einrede jedoch statt, falls sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache, an der er ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hat, befriedigen kann, wobei allerdings die Bestimmung des § 772 Abs. 2 Satz 2 BGB. zu berücksichtigen ist.

Wo aber die Einrede der Vorausklage nicht ausgeschlossen ist, ist sie doch in zweckmäßiger Weise be-

1) Mugdan II S. 372.

schränkt. So wird, wenn es sich um eine Geldforderung handelt, dem Gläubiger nicht zugemutet, alle Arten der Zwangsvollstreckung zu versuchen; es genügt die in die beweglichen Sachen. Er braucht also nicht in die Immobilien und die Rechte (Forderungen etc.) des Schuldners zu exequieren. Es würde anderenfalls der Gläubiger gar zu sehr benachteiligt werden. Soll denn der Bürge ihm jedes Mal entgegenhalten können, der Hauptschuldner habe gegen diese oder jene Person eine Forderung, in welche er, der Gläubiger, vorerst Zwangsvollstreckung betreiben müsse; wenn nun der Gläubiger vielleicht von dieser Forderung garnichts weiß oder dieselbe vom Dritten bestritten wird oder schließlich der Dritte zahlungsunfähig ist? Oder soll der Gläubiger vom Bürgen gezwungen werden können, das langwierige Zwangsvollstreckungsverfahren in Grundstücke zu veranlassen und zu betreiben, um dann schließlich zu erfahren, daß der Versteigerungserlös doch nicht mehr ausreicht zur Deckung der etwaigen Forderung? Nein! Mit Fug und Recht ist die Einrede der Vorausklage auf den Fall beschränkt, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die **beweglichen** Sachen des Schuldners noch nicht versucht hat.

Dies bei Geldforderungen. Bei Forderungen auf eine andere Leistung muß der Gläubiger die von der CPO. gegebenen Vollstreckungsmaßregeln, die dem Gegenstande der Forderung entsprechen, zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen oder zur Erwirkung von Handlungen oder Ähnlichem — §§ 883 ff. CPO. — versucht haben.

Das ist die Stellung der Mitbürgen im heutigen bürgerlichen Recht.

In Rom gehörte der Bürgschaft der Vorzug vor dem Pfandrechte. Heute ist es anders geworden. Das hat seinen Grund darin, daß der Begriff der Generalhypothek aus dem heutigen bürgerlichen Recht verbannt ist und andererseits das Prinzip der Erkennbarkeit eingeführt: Das Pfandrecht hat die Bürschaft erreicht, vielleicht sogar überflügelt; doch nach wie vor bildet die Bürgschaft einen der Hauptfaktoren für das wichtigste Moment des wirtschaftlichen Lebens, für die Zirkulationsfähigkeit des Wertes, mit einem Wort: Für den Kredit.